

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

Diplomová práce

Náhrada škody v investičních sporech

Vedoucí diplomové práce: doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Katedra mezinárodního práva

Duben 2012

Ing. Michal Jurák

Poděkování:

Děkuji vedoucímu diplomové práce doc. JUDr. Vladimíru Balašovi, CSc., za konzultace, vedení, trpělivost a užitečné rady při zpracování této diplomové práce.

„Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.“

V Praze dne 27/04/2012

.....

Obsah:

Úvod	4
1 Pojem investice a investičního sporu.....	7
1.1 Investice z právního pohledu.....	8
1.1.1 Salini Test	10
1.2 Investiční spor.....	11
2 Náhrada škody.....	15
2.1 Domnělé porušení investiční smlouvy a příčinná souvislost	16
2.1.1 Příklad „Továrna Chorzów“	17
2.1.2 Hullova formule	18
2.1.3 Vliv následného jednání na náhradu škody	19
2.2 Výpočet náhrady škody.....	20
2.2.1 Fair Market Value	24
2.2.2 Metoda Discounted Cash Flow.....	28
2.2.3 Další koncepce výpočtu náhrady škody	33
2.3 Morální škoda.....	40
3 Vybrané spory v České a Slovenské republice	43
3.1 Česká republika	43
3.2 Slovenská republika	45
Závěr.....	49
Seznam zkratk	54
Použitá literatura a zdroje	55

Úvod

V souvislosti se změnou politického režimu v roce 1989 a vstupem České republiky do Evropské unie došlo k výraznému otevření české ekonomiky a prohloubení mezinárodní ekonomické spolupráce. Ekonomická činnost přináší kromě výhod v podobě zisku dosaženého z investic také riziko nenaplnění těchto investic. Zatímco ekonomické riziko lze poměrně dobře ošetřit v soukromoprávních obchodních smlouvách, otázkou zůstává riziko v podobě veřejného zásahu do výkonu soukromých práv. Z tohoto důvodu se relativně velká část mezinárodního práva veřejného věnuje ochraně investic a náhradě škody způsobené takovýmto zásahem.

Tato práce si klade za cíl popsat způsob definování náhrady škody vzniklé z porušení investičních dohod a její teoretická východiska. Rozhodovací praxe tribunálů, které řeší spory vzniklé z investičních vztahů, je velmi bohatá a poskytuje dobrý zdroj pro studium jednotlivých případů. Tato představuje jeden z možných pohledů na danou problematiku. V rámci diplomové práce je v místech, kde je to vhodné, doplněna teorie náhrady škody konkrétním sporem, který danou problematiku řešil.

První část práce se proto věnuje popisu jednotlivých pojmů běžně používaných v mezinárodním právu v souvislosti s právem investic. Jde jednak o smluvní instrumenty, a jednak o jednotlivé metody hodnocení náhrady škody, její výše a opodstatnění. Okrajově je vhodné zmínit se také o typových porušeních mezinárodních investičních úmluv s uvedením příkladů. Určitě je dobré připomenout, že rozdíl ve vnímání investic je často do značné míry rozdílný z pohledu ekonomického a právního. Práce analyzuje základní a nejčastěji používané metody s následným přihlédnutím k ostatním, avšak méně používaným metodám. Porovnání těchto metod již není cílem práce; to by vystačilo na práci samostatnou.

Vzhledem k tomu, že v této oblasti neexistuje jednotné chápání pojmů, protože se jedná o posuzování sporů v mezinárodním právu, uplatňuje se v rozhodování o investičních sporech více hledisek. Primárně jde v investičních sporech vždy o určení příslušnosti zvoleného tribunálu k danému sporu. Jurisdikční námitka bývá nezřídka vážnou překážkou v dalším vedení sporu před mezinárodním tribunálem. Známé jsou spory, které se projednávají u více tribunálů najednou, případně současně u soudních

instancí daného státu, nebo evropských institucí a zvolených mezinárodních tribunálů podle příslušných investičních smluv. I přesto rozhodnutí, která nevyjadřují přímo určení výše náhrady škody, mohou být užitečná pro účel definování základních pojmů v oblasti mezinárodních investic. Důležité je také samotné posouzení investice, protože ekonomická praxe přináší více řešení samotného investování, což může vést k odmítnutí daného sporu před investičním tribunálem.

Další část této práce hodnotí metodiku a možnosti náhrady škody. V této části bych se rád věnoval jednotlivým okolnostem vzniku škody a metodice určení výše škody. V zásadě vychází náhrada škody z obecně platných pravidel práva. V oblasti mezinárodního práva však dochází ke sporům v zásadě až po neúspěšné snaze o smírné řešení, například i diplomatickou cestou. Nezřídka se jedná o spory z oblasti vyvlastnění, ať už cestou přímou nebo nepřímou, které úzce souvisí se samotnou investiční činností.

Smluvní instrumenty často obsahují podrobnou úpravu ochrany investic např. pro případ vzniku ozbrojeného konfliktu a podobně. Namísto je pak zhodnocení výše náhrady škody za poskytnuté zahraniční investice. Při takto vzniklých sporech je následně důležitým měřítkem metodika výpočtu a rozhodování o tom, který z uplatněných nároků lze uznat z ekonomického a právního pohledu, co už není předmětem rozhodování v souvislosti s příslušností zvoleného tribunálu, a v souladu s tím, co již bylo napsáno v první části této práce. Nezřídka totiž rozhodování sporů narazí již na začátku na to, že příslušný tribunál není v daném sporu oprávněn o náhradě škody rozhodovat. I v těchto případech – v tzv. jurisdikční fázi sporu – však lze spatřovat snahu o definování pojmů užívaných v investičních sporech.

Dochází tak k použití jednotlivých metod v oblasti jak mezinárodního práva veřejného, tak mezinárodního ekonomického práva; právě tato specifická oblast je předmětem diplomové práce, která se z velké části snaží především o zhodnocení těchto metod a definování základních pojmů v samotném rozhodování tribunálů včetně jimi uplatňovaných přístupů. Náhrada škody v investičních sporech vychází mnohokrát z teoretické koncepce případů z minulosti a snaží se je doplnit moderními ekonomickými prostředky, za případného rozlišení jednotlivých typů vzniklé škody a její náhrady.

Poslední část práce je věnována situaci ohledně řešení vybraných investičních sporů v České a Slovenské republice. Jedná se pouze o nástin problematiky investičních sporů s orientací na hlavní nebo mediálně známé investiční arbitráže. Některé spory dosud probíhají a nelze určit jednoznačný výsledek. Pro účely této práce je ale možné vybrat několik případů, jež kromě médií často cituje i mezinárodní literatura. V závěru práce lze tedy nalézt stručný přehled těchto případů ve středoevropském prostoru dnes už samostatné České a Slovenské republiky, které musely po zmiňovaném otevření ekonomik těmto arbitrážím čelit. Taktéž je zajímavé postihnout alespoň základní souvislosti zmíněných významných sporů s náhradou škody v investičních sporech. I když v některých z nich neprobíhalo rozhodování přímo v meritu věci, přesto jsou tyto spory zajímavé svým přínosem pro teorii mezinárodních investičních sporů.

Samotný závěr práce je věnován pokusu o zhodnocení celkové situace v oblasti náhrady škody v mezinárodním měřítku, vzhledem k rozhodovací praxi mezinárodních tribunálů. V investičních sporech lze nalézt také mnoho rizik, která jsou spojena s rozhodováním o náhradě škody. Tato problematika je v závěru práce také stručně zhodnocena.

1 Pojem investice a investičního sporu

Z ekonomického hlediska představuje investice naplnění těchto tří kritérií:

- jde o určitý ekonomický přínos, který je
- poskytnut na určitou dobu, a zahrnuje
- podnikatelské riziko, spočívající, v souvislosti s budoucí odměnou investora, na hospodářském výsledku podniku.¹

Bohužel z právního hlediska neexistuje jednotná definice pojmu investice. Na druhé straně zde ovšem existuje prostor pro uvážení stran, co budou považovat za investici. Takto charakterizovaná investice se tedy liší v závislosti na typu a obsahu konkrétní investiční smlouvy.

I přes existenci několika mnohostranných mezinárodních smluv, které se zabývají problematikou investičních sporů, je úprava velmi roztříštěná a nesystematická.² Například pokus smluvních států uskupení OECD sjednotit normy Mnohostrannou dohodou o investicích (MAI) byl ukončen v roce 1998 zejména pro nepřijatelnost této dohody pro rozvojové státy a pro obavy některých evropských států, že ztratí kontrolu nad zahraničními investicemi.

Nejčastější formu právní úpravy tvoří dvoustranné dohody o ochraně a podpoře investic („*Bilateral Investment Treaties*“ – dále jen „BIT“), které jsou smluvními státy sjednávány individuálně tak, aby vyhovovaly jejich konkrétním zájmům a potřebám. Známy je například problém Evropské unie v posuzování platnosti intra-unijních investičních dohod vzhledem k Evropské unii – hlavní otázkou, se kterou se tribunály setkávají, je otázka, jestli platnost investičních dohod uzavřených daným státem nebyla ukončena jejich vstupem do Evropské Unie.³ Tato otázka vede často k jurisdikční námitce ze strany odpůrce.⁴ Hodně záleží na úpravě konkrétní investiční smlouvy.

¹ Balaš, V., Šturma, P., Kurs mezinárodního ekonomického práva. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 172

² Např. Dohoda o Severoamerické zóně volného obchodu (1992); Dohoda o energetické chartě (1994)

³ Tento přístup lze shledat i v případě CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, a sice v opačném názoru Prof. Brownlie (text dostupný na <http://www.cetv-net.com/arbitration.asp>) – týkající se platnosti intra unijních dohod na ochranu investic. Česká republika už začala podnikat kroky na jejich vypovězení. Děje se tak právě z důvodu omezení možností na spekulativní podávání návrhů na odškodnění v investičních arbitrážích. Převzato z: Investment Treaty News, Březen 2006, dostupné také na http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_mar29_2006.pdf

⁴ Např. spor Eastern Sugar v. Česká republika, nebo Eureko v. Slovensko

Z pohledu teorie existuje několik typů definic hlavních pojmů, kterými jsou „investice“ a „řešení investičních sporů“. Právní úprava mezinárodních investic tvoří jednu z hlavních oblastí mezinárodního práva ekonomického. Svou povahou si také někdy mezinárodní investice vynucují sblížení jinak protikladných zájmů vyspělých průmyslových zemí a zemí rozvojových. Na základě dostupného rámce v mezinárodním právu mohlo dojít ke vzájemnému sladění potřeb investorů, využívajících výše uvedené potřeby, a hostitelských států, jež investice potřebují k ekonomickému rozvoji.

Tento právní rámec, který se opírá o ochranu zájmů jak investora, tak i zájmů hostitelské země. Z pohledu této teorie lze tedy ochranou mezinárodních investic chápat zajištění určité bezpečnosti zahraničních investic, a to nejenom po stránce právní, ale i po stránce faktické. Jedná se o ochranu zejména vlastnického práva investora před vyvlastněním, znárodněním, popř. jinými zásahy ze strany státních orgánů, ale i jednotlivců.⁵

Z důvodu rozdílnosti názorů na stupeň ochrany investic, možností a podmínek jejich vyvlastnění, nedošlo zatím ke zformulování obecně platných obvyklých pravidel. Jak bylo uvedeno výše, nedaří se ani přijetí mnohostranné mezinárodní smlouvy. Přestože jde o oblast velmi rozsáhlou, je značně roztržštěná a postrádá jakoukoliv systematiku. V oblasti tak koexistují pravidla různého původu, postupně vytvářená na úrovni dvoustranné, regionální i univerzální.

1.1 Investice z právního pohledu

Investice lze z hlediska subjektu rozdělit na veřejné, kde je investorem stát či státní subjekt, a soukromé, v nichž je investor soukromé povahy. Tyto dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic se nazývají *diagonální*. V současné době, zejména po vstupu do Evropské unie, dochází ke značnému pohybu kapitálu (a to právě zvláště mezi členy EU), proto je této oblasti věnována velká pozornost. I z toho důvodu bude v této práci blíže pojednáváno o investicích soukromých. Situace je podobná v celosvětovém měřítku, nejedná se tedy jen o problematiku Evropské unie, ale o problematiku celosvětovou. Vzhledem k mezinárodní integraci a globalizaci existuje

⁵ Balaš, V., Šturma, P.: Kurs mezinárodního ekonomického práva. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1997, s. 200

vícero středisek pro řešení investičních sporů, stejně tak jako v mnoha případech dochází k ustanovování tribunálů „ad hoc“.

Soukromé investice se dále dělí na obchodní, pro něž je charakteristické pronikání na mezinárodní trh, ovšem ty nezahrnují přesun výroby, a průmyslové, jejichž součástí je také transfer výroby do jiného státu.⁶ Nezřídka se jedná o vznik sporu a následnou náhradu škody přiznanou tribunálem v této oblasti. Dochází totiž k poškození v důsledku nenaplnění investice, která spočívala ve vložení peněz do společného projektu přes státem vlastněné společnosti. V porušení práva lze tak vidět jak porušení smluvní povinnosti státu, tak nezákonný zásah do práv a majetku konkrétního investora.

Samotný pojem investice je jedním z důležitých bodů mezinárodního investičního práva, podle kterého je určeno, zda lze konkrétní podnikatelskou činnost za investici považovat. Odvíjí se od toho režim právní ochrany, na kterou má transakce nárok. Například podle článku 25 odst. 1 Úmluvy ICSID (Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, nebo také Washingtonská úmluva) se pravomoc tribunálu vztahuje na:

- právní spory,
- vznikající přímo z investice,
- mezi Smluvním státem a příslušníkem druhého Smluvního státu; a to za předpokladu, že
- strany sporu písemně souhlasily s předložením sporu Centru (zjednodušeně buď ad-hoc souhlas stran, nebo souhlas státu vyjádřený ve dvoustranné nebo vícestranné dohodě o ochraně investic a v národním investičním právu, zahraniční investor poskytne svůj souhlas předložením sporu k arbitráži).

Existuje vícero hledisek, pomocí kterých lze dovodit existenci investice. Záleží vždy na přístupu konkrétního tribunálu, jak bude celý spor posuzovat. Jedním z významných hodnotících kritérií je Salini test (také označován jako Schreuerův test), kterému je věnována následující podkapitola.

⁶ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. Praha: Linde, 2001, s. 17

1.1.1 Salini Test

Definici investice a investičního sporu lze dovodit pomocí Saliniho testu. Ten představuje splnění určitých podmínek, které daný tribunál uzná jako charakteristické pro rozhodování v případě dané investice. V teorii mezinárodního práva se toto hodnocení poprvé objevilo v komentáři k textu Washingtonské úmluvy, jehož autorem byl vídeňský profesor Christoph Schreuer. Mezi nejvýznamnější ukazatele patří především:

- trvání investice
- pravidelnost příjmů
- převzetí rizika (vynaložením prostředků nebo vkladem)
- přínos pro rozvoj hostitelského státu (nejvíce hodnocené kritérium)

Tento přístup byl využit kupříkladu ve sporu ČSOB v. Slovensko, nebylo to však poprvé.⁷ Mezi jedno z prvních zásadních rozhodnutí v této oblasti slouží případ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela.⁸ Ani v jednom z případů sice tribunály necitují Salini test, nicméně posuzování, zda lze poskytnutou půjčku považovat za investici, probíhalo na základě jeho kritérií. V prvním případě ČSOB v. Slovakia by samotný fakt poskytnutí půjčky pro kvalifikaci jako investice nestačil, tribunál však posuzoval investici v jejím celkovém rámci.

Ve druhém případě (Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3 ze dne 11. července 1997 odst. 43) tribunál konstatoval, že okolnosti případu splňují základní znaky investice a tedy zmiňovaný Salini test pro přiznání náhrady škody postačoval. Tento zlom v posuzování investic směrem k restriktivnějšímu výkladu nastal vůbec poprvé, a to za situace, kdy stát zpochybňoval existenci investice. Příklad se týkal nizozemské společnosti, která byla indosatářem venezuelských směnek, avšak nestala se držitelem těchto instrumentů na základě vztahu s Venezuelou, případně jiné přímé investice provedené na jejím území. Argumentem Venezuely ve sporu byla skutečnost, že držení instrumentů společností Fedax nelze kvalifikovat jako investici, protože Fedax neuskutečnila přímou zahraniční investici zahrnující dlouhodobý přesun finančních prostředků.

⁷ Československa Obchodni Banka AS v. Slovakia, ICSID Case No ARB/97/4, 2004

⁸ Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB/96/3

Tribunál tuto argumentaci odmítl a přiklonil se k vymezení investice provedenému pomocí Salini testu - transakce kritéria testu splnila. Další námitkou vznesenou Venezuelou byl fakt, že spor nevznikl "přímo" z investice, protože předmětná transakce nebyla přímá zahraniční investice. U jiných rozhodnutí však tribunály uplatňují ještě přísnější náhled, případně se soustředí na jedno z hledisek Salini testu.

Například v kauze *Helnan v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19 odst. 77), kde šlo o investici dánské společnosti v oblasti hotelového průmyslu, se tribunál omezil na stručnou analýzu investice s tím, že důležitost investice do turistického průmyslu v Egyptě ji činí samozřejmou (více než samotná investice, vzhledem k tomu, že společnost vlastnila v Egyptě více hotelů a mělo jít tedy o pohled na investici jako celek).⁹

Další příklad použití uvedeného testu, který ale vedl k popření vzniku investice, je *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10 ze dne 17. května 2007. Význam tohoto rozhodnutí spočívá v tom, že poukazuje na přístup tribunálů, které posuzují všechna kritéria Salini testu vzájemně nikoli jednotlivě.

Celkově tedy hodnocení investice záleží na pohledu tribunálu, který daný spor posuzuje. Z analýzy (i výše uvedených) rozhodnutí tribunálů lze usuzovat, že Salini test se při rozhodování investičních sporů používá spíše jako vodítko a jeho užití tak není ustáleným pravidlem. Podle Washingtonské konvence by totiž mohlo nedostatečné vypořádání se s podmínkou existence Salini testu vést ke zrušení rozhodčího nálezu podle čl. 52 odst. 1(b). Proto je v případě sporných tvrzení pro tribunál výhodnější se aplikací Salini testu vůbec nezabývat. Salini test jako takový není povinnou součástí investice a ani jejího posuzování.

1.2 Investiční spor

Specifickým rysem dohod o podpoře a ochraně investic je to, že umožňují řešení sporů, v nichž je jedna strana subjektem mezinárodního práva (například stát) a druhá je

⁹ Sekanina, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID) . *Jurisprudence*, č. 7, červenec 2008, s. 10-18.

zpravidla soukromým investorem. V tomto sporu z tzv. diagonálního vztahu proti sobě tedy stojí suverénní stát a fyzická či právnická osoba z jiného státu.

Úprava způsobu řešení těchto sporů je v jednotlivých BIT dosti odlišná. Rozdílná je zejména škála nabízených prostředků k urovnávání sporů a míra podrobností, a dále rozsah zákonné úpravy těchto prostředků. Nejednotnost panuje i ve vymezení investičního sporu. Je možné vycházet z obecného ustanovení, že investičním sporem je „jakýkoli spor mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou, týkající se investice investora“, stejně jako z detailní regulace zakotvené v některé bilaterální dohodě, jako např. mezi ČR a USA. Ta obsahuje konkrétní definici toho, co je a co není investičním sporem.

Jak bylo popsáno výše, záleží vždy na obsahu konkrétní mezinárodní smlouvy, na tom, co uznává za investici. Obligatorní složkou je však v investičním sporu prokázání porušení některého z následujících standardů:

- nestranné a spravedlivé zacházení – jako základní princip
- legitimní očekávání – jako objektivní posouzení všech okolností
- nezasahování do investice – jako negativní dopad (zejména státního rozhodnutí)
- plná bezpečnost a ochrana – jako ochrana před narušením (zpravidla s použitím síly)

Dvoustranné mezinárodní smlouvy obsahují pouze stručné formulace uvedených standardů a vyžadují tak další výklad, který provádějí rozhodčí tribunály řešící jednotlivé investiční spory. Pravidla ustavení a činnosti rozhodčího tribunálu jsou v BIT buď přesně popsána, nebo je odkazováno na Rozhodčí pravidla v rámci UNCITRAL. Některé investiční dohody (např. česko-nizozemská) upravují způsob řešení pouze těch sporů, které se nepodařilo urovnat přátelsky. Méně často dohody o ochraně investic poskytují možnost postoupit spor institucionalizovanému rozhodčímu soudu (např. dohoda se Spojeným královstvím).

Přes výhody spočívající ve stálosti existence rozhodčího soudu, v administrativním zajištění, a ve vyšším stupni předvídatelnosti rozhodování (stálé tribunály mnohdy odkazují na svá předchozí rozhodnutí) je pro spory mezi státem a zahraničním investorem vhodnější formou řízení ad hoc. Volba stálého rozhodčího

soudu s sebou přináší i volbu jeho řádu. Strany tak ztrácí možnost upravit pravidla řízení.

Významnou institucí, která se podílí na tvorbě jurisdikce v oblasti řešení investičních sporů, je Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID), zřízené dle Washingtonské úmluvy (jak bylo již výše uvedeno, podmínkou je, aby obě strany souhlasily s předložením sporu středisku a zároveň byly členy zmiňované úmluvy, a rovněž aby existoval přímý vztah k investici). Z hlediska bilaterálních dohod závazných pro Českou republiku je nejpočetnější formulace kombinující využití služeb Střediska ICSID s možností obrátit se na rozhodčí soud zřízený podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL.

Příčinu vzniku nároku na náhradu škody v investičních sporech pak lze hledat v porušení práva, tedy v protiprávním jednání. Jednou z možností je poskytnutí náhrady za neoprávněné vyvlastnění, které však není hlavní oblastí v investičních sporech. Naopak, v investičních sporech se jedná zejména o porušení výše uvedených standardů (jakoby nad rámec poskytnutí ochrany v případě vyvlastnění). Jedná se o tzv. „hypotetickou pozici“ stěžovatele, která vychází z předpokladu, že ke vzniku škody nedošlo. Historicky poprvé se tato domněnka objevila ve významném rozhodnutí tribunálu v případě vyvlastnění „Továrna Chorzów“ – viz. kapitola 2.1.1.

Investiční spory se tak orientují na náhradu škody v rámci teorie mezinárodní odpovědnosti států. V současnosti se pravděpodobně nedá mluvit o nějaké ustálené praxi rozhodčích tribunálů v posuzování investic. Rozhodovací praxe tribunálů u tohoto relativně nově se tvořícího právního odvětví je velmi nestejnorodá a mnohokrát se může stát, že jsou rozhodnutí i protichůdná (například opačná rozhodnutí ve dvou téměř identických případech *Lauder v. Česká republika* a *CME v. Česká republika*, které jsou podrobněji rozebrány v poslední kapitole), nicméně již lze vypořádat jisté trendy v posuzování investic, kterými by se mohl potenciální investor řídit a minimalizovat tak riziko odepření aplikace výhodného režimu ochrany investic.

Státy si uvědomují, že může dojít k situaci, kdy budou mít rozdílné názory na výklad a plnění jednotlivých ustanovení investičních dohod, proto se připravují na eventuální rozpory a upravují v bilaterálních dohodách postup v případě vzniku investičního sporu. Spor může spočívat v jakékoli neshodě v právní nebo skutkové

otázce, týkající se předmětu dohody, a způsob jeho řešení. Obvykle dochází ke vzniku dvou druhů sporů, a to:

- mezi smluvními státy dohody o podpoře a ochraně investic, jejichž předmětem bývá výklad a použití dohody o podpoře a ochraně investic uzavřené mezi smluvními státy
- mezi smluvním státem a investorem pocházejícím z druhého smluvního státu, které se nejčastěji týkají opatření provedených smluvním státem typu vyvlastnění, znárodnění nebo nepovolení převodu finančních prostředků do zahraničí. V tomto případě se jedná o již zmiňovaný diagonální vztah

U posuzování investic a druhů sporů v některých případech ale existuje všeobecná shoda. Je tomu tak například v otázce typů transakcí nespádajících pod jurisdikci tribunálu ICSID. Ty jsou částečně vymezeny ve druhé kapitole. Ovšem vzhledem k relativní novosti ochrany investic je možné, že časem dojde k vyloučení některých dalších typů sporů z jurisdikce.

2 Náhrada škody

Náhradou škody v investičním sporu se podle teorie rozumí náhrada (ve smyslu „compensation“) zpravidla vyjádřená v penězích, stejně tak jako vzniklá škoda (ve smyslu „damage“). Kompenzace obecně mají širší význam, znamenají totiž už samotný závazek zaplatit, narozdíl od náhrady škody, která se váže ke konkrétnímu porušení závazku. Literatura rozlišuje chování subjektů v rámci zákonného a nezákonného jednání. Podobu kompenzací lze tak rozdělit následovně:¹⁰

- reparace – uplatňují se zejména v oblasti vyvlastnění (otázkou je jejich výše)
- restituce – vztahují se k hodnotě daného majetku

Náhradu škody tak lze chápat jako poskytnutí protihodnoty zejména v případech vyvlastnění. Druhou možností je pak výpočet vzniklé škody a případného ušlého zisku s pomocí různých metod. Jedněmi z nejzákladnějších a současně nejpopulárnějších jsou například metoda FMV (angl. „Fair Market Value“) nebo metoda DCF (angl. „Discounted Cash Flow“) (viz kapitola 2.2).

Jak plyne z výše uvedeného textu o ochraně investic a řešení sporů z nich vznikajících, je náhrada škody v této oblasti jedním z nejvíce a nejrychleji se rozvíjejících odvětví mezinárodního práva. Nemalý podíl má na tom zcela jistě fakt, že zahraniční investice jsou jedním z nástrojů ekonomického růstu, případně rozvoje nejen samotných investorů, ale i hostitelských států. Určitě není nezajímavé, že zahraniční investice jsou většinou velmi objemné finanční transakce, co má za následek velmi relevantní vliv na ekonomiku jak státu tak investora. Jenom pro příklad, objem přímých zahraničních investic v České republice byl v roce 2010 téměř 130 miliard dolarů, zatímco v roce 1993 byl necelých 2,9 miliard dolarů. Z toho je jasně čitelný rostoucí trend využívání zahraničních investic. Zájem na zvyšování a dodržování standardů ochrany mezinárodních investic na straně hostitelských států je tak stále výraznější.

V oblasti samotné náhrady škody je nejednotnost právní úpravy doplňována rozhodovací činností rozhodčích tribunálů, který by měl sloužit k dalšímu vývoji a sjednocování výkladu pojmů. Za pravděpodobně nejdůležitější orgán v rozhodování

¹⁰ Marboe, Irmgard. Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2009, odst. 2.38 a násl.

investičních sporů lze i pro účely této práce považovat mezinárodní středisko ICSID, už jenom proto, že se jedná o úzce specializovanou instituci, která řeší pouze investiční spory (na rozdíl od jiných arbitrážních center). Lze předpokládat, že její rozhodovací činnost by mohla výrazně pomoci ke sjednocování rozhodovací praxe, a tím i snadnější orientaci investora v této problematice, tedy větší právní jistotě investora v případě že dojde ke sporu ohledně náhrady škody.

Přestože od 50. let 20. století, kdy byla uzavřena první dohoda v oblasti mezinárodních investic, už prošla ochrana mezinárodních investic a přiznávání náhrady škody značným vývojem, je zde stále prostor ke zlepšení, například jenom s ohledem na výše uvedenou chybějící nebo stále velmi obecnou mnohostrannou úpravu v této oblasti.

2.1 Domnělé porušení investiční smlouvy a příčinná souvislost

Pokud dojde k porušení investiční smlouvy, k určení výše náhrady škody jsou pak užita dvě základní hlediska:

- objektivní hodnota – vztahuje se ke skutečně způsobené škodě
- subjektivní hodnota – vztahuje se ke škodě, kterou utrpěl daný jednotlivec (stěžovatel)

Následně je zvolena metoda, při jejímž výběru i užití se uplatní výše uvedená kritéria, a jež si klade za cíl vyčíslení vzniklé škody. V oblasti mezinárodního práva se v přímé souvislosti hodnotí protiprávní jednání. Výsledná výše náhrady škody tak vychází ze srovnání stavu nastalého v důsledku způsobení škody a stavu jaký by byl, kdyby ke vzniku škody nedošlo.

Náhrada škody je představována těmito okolnostmi:

- porušení mezinárodního práva v rámci kompenzace
- porušení smluvního závazku v rámci kompenzace (které však nepředstavuje porušení mezinárodního práva)
- vznik trestní odpovědnost – vychází z anglosaského systému, nemá návaznost na náhradu škody; plní jiný účel, a to účelný trest

Tribunály však bohužel při svém rozhodování neuplatňují jednotný přístup – viz kapitola 1.1.1 .

2.1.1 Příklad „Továrna Chorzów“

Učebnicovým a v literatuře často citovaným případem je kauza továrny „Chorzów“. Tento případ stanovil přístup k náhradě škody na dlouhé období do budoucnosti. Tribunál v souvislosti s protiprávním vyvlastněním zavedl do rozhodovací praxe pojmy jako „cena toho co bylo vyvlastněno“ a „hodnota majetku v čase vyvlastnění včetně úroku ke dni zaplacení“. Tyto pojmy tribunál použil v souvislosti s požadavkem na plnou kompenzaci, co mělo a má významný vliv i na současné mezinárodní právo. S těmito pojmy je dále operováno v této práci, s přihlédnutím k tomu, jak se vyvíjela rozhodovací praxe tribunálů. Citovaný případ však zůstává jako základní měřítko v rozhodování o způsobu náhrady škody, které v tomto případě nastavil mezinárodní soud (dále jen PCIJ), už jenom proto, že se jako první pokusil definovat standard „plné kompenzace“.

Konkrétně se v kauze „Továrny Chorzów“, jednalo o vyvlastnění německého majetku v Polsku. K případu se PCIJ přímo vyjádřil a tím je tato kauza pro danou problematiku nejcitovanějším rozhodnutím v mezinárodních arbitrážích. Navazuje na teorii mezinárodní odpovědnosti států, jako důsledku protiprávního jednání v mezinárodním právu. Jedná se o sérii sporů, které nastaly po vyvlastnění německé továrny v Horním Slezsku v roce 1922. V té době rozhodovaly polské soudy na základě vnitrostátního práva o vyvlastnění německého majetku v rámci reparací plynoucích z Versailleské smlouvy. Bylo nutno přistoupit k ustavení mezinárodního tribunálu, který měl o daných sporech rozhodnout. Následné přiznání náhrad německé straně se stalo do budoucnosti významným milníkem v oblasti náhrad škody plynoucích z investičních sporů.

Přínos rozhodnutí spočívá především v definování pojmu náhrady škody plynoucí z nezákonného vyvlastnění. Tribunál v tomto případě konstatoval, že reparační jako taková by měla kompenzovat jakékoliv porušení práva tak, jakoby k porušení práva nebylo došlo.¹¹ Z této formulace pak vycházel i výpočet náhrady škody.¹² V takovém pojetí je tedy náhrada škody chápána jako odškodnění za nezákonný akt –

¹¹ Převzato z rozhodnutí - The Factory at Chorzów (Germany v Poland), Decision on Indemnity, 1928 PCIJ (Ser A) No. 17 at 47 ze dne 13. Zář 1928

¹² Sabahi, B., Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration (Principles and Practice). Oxford: Oxford University Press, 2011 – kapitola 3

v přímé souvislosti s tzv. hypotetickou pozicí stěžovatele, jak bylo zmíněno v předchozím textu.

2.1.2 Hullova formule

V anglosaském systému dochází k uplatňování tzv. Hullovy formule (angl. „Hull formula“).¹³ Tento přístup vznikl v šedesátých letech při uplatňování nároků Spojených států spojených s vyvlastněním těžebních společností v Mexiku v roce 1936, který byl sestaven tehdeším státním sekretářem Cordellem Hullem. Slouží k definování standardu „promptní“, „adekvátní“ či „efektivní“ náhrady škody v případech znárodnění mezinárodní investice. Pojem náhrady škody s těmito přívlastky je formulován jako myšlenka na postačující odškodnění postižené strany sporu tak, aby nevyvolala vládní kroky pro případ dalších sankcí. V případě porušení dvoustranných investičních úmluv, kdy však nedošlo k vyvlastnění, tribunály mohou mimo tohoto použít i jiné přístupy.

V některých případech tak zůstává hullova formule pouze jako vyšší standard státem uznané investice, už jenom vzhledem k tomu, že přiznává přesnější obsah náhrady škody v případě porušení práva. Snahou užívání podobných metod je především zobecnění a preciznější používání formulací, které vedou ke stanovení výše náhrady škody. Může se jednat o záměrnou strategii států (např. k přilákání více investic), nebo investorů při podepisování kontraktů, případně aplikování jednotlivých standardů podle BIT.

Motivy užití zmiňované formule se tedy mohou různit. Význam pro mezinárodní právo, vztaženo k náhradě škody ale spočívá v jednotném výkladu takového standardu. Standardem se tato formula od svého prvního použití nesporně stala, vzhledem k jejímu častému použití v BIT ale také v rozhodovací praxi tribunálů v investičních sporech. Je tomu tak i přes fakt, že primárně se jednalo o spory ohledně vyvlastnění a ne přímo větší skupiny investičních sporů v této oblasti.

¹³ Tato formule se uvádí ve více dokumentech, např. v materiálu OECD - "INDIRECT EXPROPRIATION" AND THE "RIGHT TO REGULATE" IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, Pracovní dokumenty k investičnímu právu, Zář 2004.

2.1.3 Vliv následného jednání na náhradu škody

V mezinárodních arbitrážích dochází k významnému časovému posunu (často několik let) mezi obdobím, kdy dojde k porušení investiční smlouvy a konečným rozhodnutím tribunálu. Během tohoto času mohou nastat okolnosti, které mívají významný vliv na určení výše náhrady škody. Jedná se o situace, při nichž se objevují nové informace o trhu, a o tom, jak trh reagoval na porušení investiční smlouvy. To může mít ve svém důsledku jak pozitivní, tak negativní dopad na určení výše škody. Nově vyvstalé informace mohou často napomoci tribunálu při samotném rozhodování.

V již zmiňovaném případě továrny Chorzów byl vytvořen precedent, jehož hlavní myšlenka spočívala v tom, že tribunál by se měl novými informacemi zabývat, což do jisté míry vylučuje spekulativní pohled na celý případ, nebo omezuje modelování budoucích zisků z vykonané investice.

Podobně byl tento princip využit v případě Amco v. Indonesia¹⁴ - v tomto případě se jednalo o amerického investora, který vybudoval hotel v Indonésii v roce 1968, a v roce 1980 došlo k tomu, že místní policie převzala hotel i s jeho vedením a zrušila licenci na jeho provozování.

Tribunál usoudil, že tímto jednáním došlo k vyvlastnění a odepření spravedlnosti. Indonésie se domáhala toho, aby tribunál nebral ohled na další jednání po roce 1980, nicméně tribunál rozhodl ve dvou navazujících arbitrážích o náhradě škody – jednak pro porušení práva v roce 1980, a jednak pro nedodržení uzavřených smluv pomocí metody DCF. Přihlédl i k faktu, že první arbitráž byla anulována. Výsledkem první arbitráže v tomto případě bylo totiž přiznání pouze čisté hodnoty investice.

Rozhodování v jiných obdobných případech se přibližuje předchozímu případu. Kupříkladu dalším podobným případem je ADC v. Maďarsko.¹⁵ Šlo o spor pro zamezení možnosti vést letiště. V situaci, kdy se v oblasti přepravy projevovaly rostoucí tendence, byl tribunál veden k rozhodnutí o přiznání výše náhrady škody k datu vydání rozhodnutí, a ne k datu porušení práva. Podobně se tak stalo v případě CMS v. Argentina.¹⁶ V něm spor nastal během Argentinské finanční krize, kdy se stěžovatel domáhal určení ceny investice bez ohledu na negativní dopad této krize. Tribunál se

¹⁴ Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. and PT Amco Indonesia v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/8

¹⁵ ADC Affiliate Ltd and ADC and ADMC Management Ltd v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16

¹⁶ CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8

naopak rozhodl k němu přihlídnout, vzhledem k tomu, že takový dopad by nebyl v kontextu hospodaření společnosti zanedbatelný.

Na druhé straně se však nepřihlíží k tomu, dochází-li během arbitráže k jednání vedení společnosti, či k rozšiřování nebo změnám její činnosti. Takový stav nastal v případě *Rumeli v. Telekom*, kde se pozice stěžovatele změnila s ohledem na vyvlastnění licence a růst hodnoty činnosti na telekomunikačním trhu.¹⁷ Tribunál v tomto případě rozhodl bez ohledu na výše uvedené, neboť si vedení společnosti ani před vyvlastněním nevedlo zvlášť úspěšným způsobem.

Zajímavý je ale také například případ *National Grid v. Argentina*.¹⁸ Zde se jednalo o určení náhrady škody a výše hodnoty investice v Argentinském energetickém monopolu. Tribunál použil srovnání s podílem na trhu třetích stran, které se dostaly na trh po vyvlastnění investice. Relevantní data, která bral tribunál v úvahu byla tato: porušení práva v roce 2002, prodej akcií třetí straně za nevýhodnou cenu roku 2004, a prodej akcií třetí stranám za vyšší cenu v roce 2006.

K tomu tribunál uvádí hodnocení uvedených transakcí, které měly významný dopad na dluhovou strukturu společnosti a na výsledek jejího podnikání. To se v konečném důsledku odrazilo na ceně akcií. Tribunál použil k určení výše náhrady škody cenu z roku 2006. V odůvodnění se pak uvádí, jakým způsobem lze reagovat na vzniklou situaci na trhu, a s ohledem na všechny uvedené skutečnosti je patrné, že se tribunál rozhodl pro nejvýhodnější variantu.

Z výše uvedeného tak plyne, že sice rozhodovací praxe v těchto situacích není jednotná, nicméně tribunály berou v úvahu také situaci, která nastává po protiprávním jednání, jež má za následek ovlivnění ceny investice, a tedy, vztahuje se na přiznanou výši náhrady škody.

2.2 Výpočet náhrady škody

Ani v oblasti výpočtu náhrady škody není zatím uplatňováno jednotné hledisko, záleží na konkrétní právní úpravě, případně na středisku, které daný spor rozhoduje.

¹⁷ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16

¹⁸ *National Grid PLC v. Argentina*, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, Case 1:09-cv-00248-RBW

Zatímco vyspělé státy trvají na náhradě v plné výši, státy takzvaně rozvojové prosazují princip přiměřené náhrady.¹⁹

Metodika výpočtu náhrady škody se opírá o základní právní principy, což představuje úhradu skutečně způsobené škody („*damnum emergens*“) a ušlého zisku („*lucrum cesans*“). Výpočet náhrady škody se odvíjí od hodnoty investice. Pojem „hodnota investice“ lze chápat různě, jako příklad lze uvést římského pojetí „*tantum bona valent, quantum vendi possunt*“.²⁰ V novodobé historii existují například různé koncepce organizací působících v oblasti investic a mezinárodního obchodu. Podobné definice lze nalézt i v mnoha investičních smlouvách, které odkazují na spravedlivou kompenzaci (nejen) v případě vyvlastnění. Zohledněna je tedy cena všech aktiv v takové výši, za jaké by bylo možné ji na daném trhu prodat.

V mezinárodním právu a investičních arbitrážích se uplatňuje několik přístupů k náhradě škody, založených na principech smluvního práva a porušení práva. Zejména se jedná o posouzení samotného kontraktu jako aktiva, s kterým může být volně nakládáno, nebo může být vyvlastněno. V moderních investičních smlouvách jsou již pojmy jako „investice“ a „související práva“ ochráněny mnoha způsoby. Nežádka je pojem investice chápán velmi široce. Akty státu jsou tak limitovány větším rozsahem možností porušení práva – od zmiňovaného vyvlastnění, přes spravedlivé zacházení, až po národní režimy nebo doložky o dodržování smluvních závazků (tzv. „*umbrella clauses*“).²¹

Porušení reparační povinnosti se objevilo ve zmiňovaném případě továrny Chorzów, kde bylo cílem zajištění pozice předmětné strany v již zmiňované tzv. hypotetické pozici.²²

¹⁹ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 241

²⁰ Vychází ještě z pojetí římského práva - Justiniánova kodexu (Kniha 3, str. 305)

²¹ Wong, J., *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes* (Srpen 2008). *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2006. Dostupné na stránce: <http://ssrn.com/abstract=1260897>

²² PCIJ v citovaném případě instruovalo znalce k ocenění tak, jako by továrna hypoteticky zůstala v německém vlastnictví a zachovala si svůj rozvoj a růst. Tato instrukce tedy nepředpokládá samotné porušení práva (v tomto případě cestou vyvlastnění). Přístup tribunálu k zjištění hodnoty továrny směřoval zřejmě k posouzení hypotetické pozice stěžovatele a posouzení scénářů jeho dalšího možného rozvoje. Vzhledem k tomu, že jiné továrny, které mohly ale nemusely mít německé vlastníky, fungovaly dále standardním způsobem, tribunál musel zohlednit i tento fakt.

V jiných případech se může jednat o porušení kontraktu a protiplnění vyplývající z tohoto porušení. Tehdy bude náhrada škody posuzována, jako kdyby k porušení kontraktu nedošlo (narozdíl od hypotetické pozice stěžovatele existuje předpoklad, že k porušení kontraktu nedošlo).²³ Hlavním cílem při přiznávání náhrady škody je tedy zajištění takové pozice stěžovatele, která odpovídá situaci, jaká by nastala, kdyby k porušení práva nedošlo. Právě od určení pozice stěžovatele se pak odvíjí způsob a výše náhrady škody.²⁴

V případě oceňování majetku je cílem určení spravedlivé tržní ceny.²⁵ Metodou k dosažení tohoto účelu může být například DCF analýza, která znamená určení budoucí hodnoty toku peněz včetně možného rizika, nebo předpoklad prodlení v plnění některé ze stran.²⁶ Z praktických přístupů plyne, že je postačující všeobecný konsens, jako projev respektování určení této hodnoty včetně obecných principů ohodnocení, v anglickém originále pojmenovaných též jako „valuation mercatoria“.²⁷ V konkrétním sporu se pak tyto jmenované faktory odrazí v při určení diskontní sazby, která je pro tuto metodu klíčová.²⁸ Protože se jedná o běžně používanou metodu (a současně jednu z nejčastějších), je o ní blíže pojednáno v kapitole 2.2.2.

Přístup uplatňovaný při řešení porušení kontraktu naproti tomu přináší jiné výhody. Ohodnocení aktiv (tedy i samotného kontraktu), je určeno samotnou povahou kontraktu. Kontrakt jako takový v sobě již obsahuje určení rizik, takže tato jsou součástí daného hodnocení. Rozhodování tribunálu o náhradě škody v těchto případech tak potencionálně může přinést určitou výhodu v podobě přiznání vyšší sumy.

Určitou komplikaci představuje posuzování náhrady škody v klasickém případě, kdy se vychází z aktuální výše investice stěžovatele, o níž je pojednáno na začátku kapitoly (damnum emergens), stejně jako z ušlého zisku (lucrum cessans). V případě, že

²³ Treitel G., Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford: Oxford University Press, 1988

²⁴ Tento přístup uplatňují autoři Wälde and Sabahi, lze ale také nalézt v jiných dokumentech, např. Abby Cohen Smutny, Principles Relating to Compensation in Investment Treaty Context, Investment Treaty Arbitration Workshop, International Bar Association Výroční konference. Chicago, 2006

²⁵ viz blíže kapitola 2.2.1

²⁶ viz blíže kapitola 2.2.2

²⁷ Kantor, M., Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence. Holandsko, Kluwer Law International, 2008

²⁸ Rizikem se rozumí obecná kategorie jako tržní riziko, finanční riziko, manažerské riziko apod. Čerpáno z: Dunn R.L. and Harry E.P., 'Modeling and Discounting Future Damages', Journal of Accounting, Online Issues, leden 2002, k dispozici na: <http://www.journalofaccountancy.com/Issues/2002/Jan/ModelingAndDiscountingFutureDamages.htm>

stěžovatel obdrží po ohodnocení zvolenou metodou obě tyto složky náhrady škody (které odráží hodnotu investice), může takto zvoleným postupem dojít k značnému nadhodnocení investice, vzhledem k aktuální výši investice a tzv. utopeným nákladům.²⁹ Tento problém nastal např. ve sporu Karaha Bodas (KBC) Co. v. Indonesia.³⁰ Případ společnosti KBC vznikl v době indonéské finanční krize v devadesátých letech, kdy vládní zásah zapříčinil zrušení kontraktu na geotermální průzkum. Tribunál přiznal náhradu škody ve výši 111 milionů dolarů za zmařenou investici a 150 milionů dolarů za ušlý zisk. O tomto riziku, stejně jako o dalších problémech souvisejících s přiznáváním náhrady škody, je pojednáno na konci této kapitoly.

V případě sporů, v nichž se jedná o porušení kontraktu, je běžné, že stěžovatel se snaží o dosažení náhrady škody ve výši celé investice. Vychází z předpokladu návratnosti vložených peněz, mimo ušlý zisk, který není hlavním předmětem zájmu. Stejně tak výše náhrady škody v případě vyvlastnění se odvíjí od hodnoty vložených aktiv a neodráží tak záměr investora v jejich zhodnocení.

Náhrada škody tak může být i nižší nebo vyšší, než původně stěžovatel žádal. To je ovlivněno zejména pozitivním dopadem vývoje trhu nebo dalším navazujícím výzkumem, v případě nižšího hodnocení pak například pádem cen na světovém trhu, případně negativními výsledky v oblasti dalšího výzkumu nebo průzkumu v době plánování investice. Vzniklá škoda ve smyslu zmařené investice (zmiňovaný pojem „damnum emergens“) je tedy hlavním předmětem ve sporech o náhradu škody v mezinárodní investiční arbitráži. Je tomu tak i vzhledem k obtížnějšímu hodnocení investice do budoucnosti ohledně ušlého zisku – zmiňované utopené náklady, stejně jako případná amortizace, mohou v tomto případě mít negativní efekt.

Předmětem sporu je tedy povinnost k náhradě škody ve smyslu důsledku porušení závazku, bez ohledu na důvody porušení a budoucí výnosy. Náhrada škody v rozhodování tribunálu by měla na jedné straně zohlednit aktuální výši investice, na druhé straně by měla zajistit, pokud vláda svým rozhodnutím přispěje k porušení práva a postaví tak na základě podepsaných smluv, včetně mezinárodních, investora do

²⁹ Jedná se o ekonomický termín – typicky náklady, které jsou pevně spjaty s fungováním podniku a nelze je tedy uhradit při ukončení podnikání formou náhrady škody, protože by byly vynořeny tak nebo tak.

³⁰ Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 1999

výhodnější pozice, aby za to nesla následky. Určitý problém vyvstává z pohledu možnosti vypovězení smluv, které jsou pro stát nevýhodné. Mezinárodní právo v tomto ohledu zná jiné instituty pro zajištění spravedlnosti takových závazků. Z pohledu závazkového práva se však rozhodovací praxe tribunálů tímto směrem neubírá.³¹

Jako příklad výše uvedené teoretické koncepce lze uvést spor PSEG v. Turecko, v němž se jednalo o závazek postavit a provozovat elektrárnu v Turecké provincii Konya.³² Zde tribunál zvolil hodnocení závazku dle mezinárodního práva, vzhledem k tomu že v projektu došlo k problémům a strany musely přehodnotit podmínky smlouvy – což vedlo k mezinárodní arbitráži podle Turecko-Americké BIT.

Stěžovatel požadoval náhradu škody alternativně ve všech třech výše zmiňovaných konceptech (FMV, porušení smlouvy, a aktuální hodnota investice). Tribunál vyhodnotil situaci jako nejistou, protože stěžovatel ani nezačal stavební práce, čímž vyloučil možnost tržního ocenění.³³ Porušení smlouvy vzhledem k budoucí hodnotě považoval tribunál za možné, nicméně s ohledem na dlouhodobost trvání smlouvy (38 let) označil tuto koncepci pro hodnocení náhrady škody jako značně nejistou (i vzhledem k možným a pravděpodobným změnám ve smlouvě).³⁴

Nakonec se tribunál přiklonil ke třetí možnosti navrhovaného konceptu náhrady škody – přiznal náhradu škody ve výši vyčíslené investice (po určité negativní úpravě), tedy něco přes devět miliard dolarů.³⁵

2.2.1 Fair Market Value

Definice tohoto pojmu je možné nalézt v několika rozhodnutích, například ve sporu CMS v. Argentina, kde tribunál uvádí, že je to: „Cena majetku, která je vyjádřena v penězích, nebo jejich ekvivalentu, za kterou ho lze směnit při hypotetické vůli prodávajícího a možného kupujícího, jednajících ve shodě, na volném trhu, bez nátlaku, přičemž oba mají znalost relevantních faktů prodeje.“³⁶

³¹ Marboe, I. . Compensation and Damages in International Law, kapitola The Limits of “Fair Market Value”. Oxford, Oxford University Press, 2006

³² PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, ze dne 19. Ledna 2007

³³ Odst. 310 citovaného rozhodnutí

³⁴ Odst. 312 citovaného rozhodnutí

³⁵ Odst. 337 citovaného rozhodnutí

³⁶ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8

Ekonomická teorie definuje hodnotu jako cenu, při které se potkává nabídka a poptávka, tj. cenu, za kterou prodávající chce prodat a zároveň kupující je ochoten ji zaplatit. Každý tribunál při svém rozhodování používá vlastní metodiku k určení ceny nebo hodnoty (i když vychází ze zmiňovaného principu „spravedlivé tržní hodnoty – angl. „Fair market value“).

Jako příklad lze uvést rozhodnutí *Sempra v. Argentina*.³⁷ V rozhodnutí se uvádí, že tato spravedlivá hodnota je všeobecně akceptovaný standard. Pro úplnost dodávám, že stěžovatel (společnost *Sempra*) investoval v Argentině již v devadesátých letech a významně tak zvýšil hodnotu své investice.

Tribunál tehdy shledal metodu spravedlivé hodnoty jako nevhodnější, i vzhledem ke ztrátám, ke kterým došlo, a hodnotě investice před kroky a po krocích, které byly napadeny stěžovatelem v lednu 2002.

K jiným definicím lze uvést například definici používanou Komisí pro mezinárodní oceňování (angl. „*International Valuation Standards Committee – IVSC*“). Tato definice obsahuje následující základní parametry:³⁸

- jedná se o hodnotu všeobecnou (univerzální)
- tržní hodnota je vyjádřena v penězích
- hodnota je určena jako hodnota hypotetického prodeje
- kupující ani prodávající nejednají pod nátlakem
- transakce probíhá na trhu, který není nijak omezen
- kupující a prodávající mají všechny relevantní znalosti a informace o dané transakci

Vzhledem k tomu, že není možné vždy naplnit výše uvedené předpoklady pro určení hodnoty, jak ukazují například rozhodnutí sporů Spojených států a Íránu (které měly významný dopad na trh a tím pádem na snížení hodnoty investic a cen na trhu), Světová banka používá vlastní definici pro zjištění hodnoty investice - je to „částka, kterou je kupující ochoten zaplatit prodávajícímu, který má zájem prodat, vzhledem k charakteru investice, okolnostem prodeje, transakcím do budoucna, včetně již

³⁷ *Sempra Energy INT. Vs. Argentine Republic*, ICSID Case NO. ARB/02/16, odst. 404 – 405

³⁸ *International Valuation Standards. IVSC*, Londýn, 2011

existujících, podíl na hmotných statcích v celkové investici a další relevantní faktory které přísluší k danému případu“.³⁹

Obě výše zmiňované koncepce výpočtu v případě náhrady škody vycházejí ze stejného pohledu – hypotetické transakce prodeje investice. Tento prodej tedy zahrnuje i fakt, že prodávající a kupující se můžou na ceně domluvit. Určení nebo ocenění celé investice vyžaduje exaktnější metodu hodnocení.

V případě sporu totiž vyvstává otázka, jak ohodnotit investici objektivním způsobem – jeden pohled je ze strany investora (subjektivní) a druhý vychází z objektivního pohledu třetí strany (např. potenciální kupec).

K hodnocení investice podle subjektivního a objektivního hlediska se přiklání ve svých monografiích také Marboe.⁴⁰ Podobnou otázkou způsobu hodnocení investice se zabýval tribunál v rozhodování sporu Vivian Mai Tavakoli v. Iran (rozhodnutí z 23. dubna 1997). Podobně ve sporu Amoco International Finance v. Iran (rozhodnutí ze 14. července 1987) tribunál došel k závěru, že ačkoliv tržní hodnota představuje nejvíce objektivní kritérium při stanovování výše škody, neodráží fakt, že se jedná o cenu, ke které dojde prodávající a kupující v postupném jednání o výši ceny.

Podobných rozhodnutí v jurisdikci IUSCT (Iran-United States Claims Tribunal) je možné nalézt vícero. Jednoznačně z nich plyne, že FMV, jak se uvádí v předchozím textu, není vždy jediným možným vodítkem při určování výše náhrady škody. Důležitým faktorem, na který musí tribunál brát ohled při určování výše škody, je datum ohodnocení aktiv, a to v souvislosti s protiprávním jednáním.

Ideálně je tedy rozhodující transakční cena dohodnutá mezi prodávajícím a kupujícím v určitý den. Vzhledem k tomu, že se jedná o hypotetickou transakci, je potřebné zohlednit také tržové aspekty. Kalkulace takové ceny se pak může řídit různou metodou, v závislosti na dostupných informacích. Záleží také na typu aktiv nebo kontraktu, který má být ohodnocen.

Mezi nejdůležitější kritéria určení přiměřené tržní ceny lze pak zařadit⁴¹ např. povahu oceňovaného majetku – při volbě oceňovací metody se přihlíží k tomu, jestli se jedná např. o pozemky, nemovitosti, nebo jiné hodnoty (příp. uchovatele hodnot jako třeba zlato). Pro zmiňované ohodnocení kontraktu je určitě vhodnější zvolit metodu,

³⁹ Směrnice Světové banky pro přímé zahraniční investice IV (5), Washington, 1992

⁴⁰ Viz použitá literatura

⁴¹ Viz citovaná literatura pozn. 21 – s. 231-232

která nejlépe vystihuje jeho hodnotu. Obecně je možné shrnout požadavky na hodnocení investice takto:

- časové hledisko – je vhodné zvážit, zda se jedná o fungující podnik, i s výhledem na jeho budoucí fungování a tvorbu dalšího zisku, nebo jestli se jedná o podnik v likvidaci. Pro toto hledisko je mimo jiné charakteristické využití různých profesních nebo mezinárodních organizací působících v této oblasti a jejich metodik hodnocení (např. Světová banka, OECD)
- rozsah známých informací – vhodnost zvolené metody by měla být posuzována podle rozsahu získaných informací o daném trhu a podnikání

Na základě výše uvedených hledisek pak tribunál rozhoduje o náhradě škody. V rozhodování se bere ohled na míru jistoty takového hodnocení, důležitá je snaha vyhnout se ohodnocení spekulativnímu. Preference určení hodnot podle existujících, případně historických dat, je jistější než finanční modelování do budoucna, které přináší řadu rizik. V rozhodovací praxi tribunálů může nezřídka dojít k použití více metod hodnocení, tak, aby v závěru mohla být zvolena ta nejvhodnější.

Z výše uvedeného lze dovodit ještě jiný důležitý princip ohodnocení aktiv, který je v odborné literatuře popisován jako nejvyšší či nejlepší hodnocení⁴² - princip tržní hodnoty pro účely určení výše náhrady škody spočívá v určení hodnoty aktiv jako nejvyšší možné. Tento princip se odráží například v těchto rozhodnutích:

- Santa Elena v. Costa Rica - v tomto sporu se stěžovatel domáhal náhrady škody za vyvlastněný obytný areál, který v roce 1978 vyvlastnila vláda.⁴³ V roce 2000 proběhla arbitráž, během níž odpůrce tvrdil, že se nejednalo o obytný komplex, ale o památkovou rezervaci. Tribunál však při svém rozhodování vzal v úvahu potenciál investice pro rozvoj turisticky atraktivní lokality.
- V případě Gallo v. Canada došlo k vyvlastnění licencovaného areálu skládky v Ontariu (cca 40 hektarů opuštěného dolu na železnou rudu s vynikajícím přístupem k infrastruktuře - silnice, vlak).⁴⁴ Stěžovatel uvedl, že nejvyšší a

⁴² Dukes, William P. Business Valuation Basics for Attorneys. Boston, Practising Law Institute, 2006 (Valuation & Econ. Loss Analysis)

⁴³ Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, odsek 92, rozhodnutí ze dne 17. února 2000

⁴⁴ Vito G. Gallo v. Canada, PCA tribunál dle pravidel UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 30. prosince 2009

nejlepší ocenění představuje vymezení areálu jako licencované skládky, naproti tomu odpůrce namítal že areál jako takový neměl tento potenciál. V konečném rozhodnutí z roku 2011 však nakonec tribunál rozhodl o své nepřislušnosti k tomuto sporu.

2.2.2 Metoda Discounted Cash Flow

Matematických metod, kterými lze určit výši škody, existuje jistě mnoho. Jednou z nejpobulárnějších je z pohledu náhrady škody metoda DCF („*Discounted cash flow*“), která zohledňuje zhodnocení investice v čase, a to v závislosti na procentuální míře, která odráží hodnotu aktiva navýšenou podle zadaných kritérií.⁴⁵ Není jistě účelem práce zabývat se podrobnostmi výpočtu.

Otázkou je, jak se v rozhodovací praxi s tímto vypořádá tribunál. Případ, ve kterém se otázka věrohodnosti takového výpočtu objevila, je *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*.⁴⁶ Tribunál rozhodoval o věrohodnosti výpočtu vzhledem k řešenému sporu a dospěl k závěru, že výpočet náhrady škody, založený na zhodnocení investice v příštích letech, musí vycházet z reálné přítomnosti na trhu, trvajícím po dobu nejméně dvou až tří let – vzniká precedens tzv. minimální periody (angl. „*minimum period*“); přiznání nároku na náhradu škody na základě této metody bylo v daném případě zamítnuto.⁴⁷

V podobné situaci, tzn. jedná-li se o neprozkoumaný trh, je možné postupovat analogicky podle situace na jiném podobném trhu, kde stěžovatel, který utrpěl ztrátu, podniká.

Jak již bylo zmíněno výše, *Discounted cash flow* (dále jen „*DCF*“) je nejkomplexnější a nejrozšířenější hodnotící metodou v rozhodovací praxi mezinárodních tribunálů, ale také v ekonomické oblasti ohodnocování. Tato metoda odráží očekávanou hodnotu investice do budoucna. Tento matematický model je hodně závislý na předpokladech, které jsou do něj zahrnuty. Protože se jedná o výhled do budoucna, není možné zohlednit aktuální ceny na trhu a stejně tak je pouze na tribunálu,

⁴⁵ Blum Robert R. A. *Practical Guide to Business Valuation 1*, Milwaukee, McGraw-Hill, 1986

⁴⁶ *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1

⁴⁷ Ačkoliv je nutné poznamenat, že rozhodnutí bylo kritizováno pro neschopnost tribunálu určit výši škody (převzato z článku „*Recovering Lost Profits in International Disputes*“, John Gotanda, *Georgetown Journal of International Law* č. 36, s. 100, 2004.

jakým způsobem vyhodnotí předpoklady stanovené v modelu. Cena stanovená touto metodou se může dost významně lišit oproti ceně stanovené pomocí FMV pouhým ohodnocením aktiv. Je proto hlavní úlohou tribunálu posoudit vhodnost této metody a jejího použití.

Samotná metoda se skládá ze dvou částí – určení budoucích finančních toků, a jejich následného diskontování do budoucího období na základě zjištěných hodnot.

2.2.2.1 Předpověď finančních toků

Předpověď finančních toků do budoucna se přesně určuje podle stanovené periody. Tato perioda je závislá na typu investice. V případech, kdy je k provozování potřebná licence, touto dobou se rozumí platnost licence. Průměrná doba existence podnikání pro dané účely se jinak počítá v rozsahu 5 až 10 let. Otázkou je také možnost opce, tj. automatického prodloužení licence.

V již zmiňovaném případě CMS v. Argentina tribunál akceptoval třicetiletou platnost licence bez možnosti prodloužení, které by podle smlouvy představovalo dalších 10 let. Stejně tak v případě Rumeli v. Telekom, kde se jednalo o licenci na komunikační síť, se tribunál rozhodl pro patnáctiletou lhůtu podle licence a neuznal argument stěžovatele, že se v podobných případech licence prodlužuje automaticky. Samotné určení čistých finančních toků pak spočívá ve stanovení výnosů z investice, ponížených o náklady na její provoz.

Na základě vytvořené předpovědi budoucích finančních toků je dalším krokem výpočet konečné hodnoty investice. Smyslem výpočtu je určit, jaká by byla cena investice, kdyby došlo k jejímu prodeji po určené době. Při výpočtu se zohledňuje její hodnota k datu hodnocení (tato hodnota může být také nula – v tom případě pak celá investice připadne státu).

V běžném investičním prostředí tak má na konci daného období investice ještě nějakou zbytkovou hodnotu. Význam této hodnoty spočívá v pohledu na investici a její rentabilitu z hlediska zachování pravidelných a stabilních příjmů z ní plynoucích. Při výpočtu se rovněž zohlední tržní ceny a případná inflace.

V případě CMS v. Argentina byla tato hodnota (jako hodnota akcií) určena na více než 2 miliardy dolarů, přičemž se tribunál dál výpočtem zůstatkové ceny nezabýval vzhledem k faktu, že rozhodl, že licence v budoucnu prodloužena nebude.

Z tohoto pohledu je zajímavý případ CME v. Česká republika.⁴⁸ Tribunál pro účely hodnocení investice obdržel dva návrhy. První od experta CME (Dr. Thomas Copeland) a druhý od odpůrce (České republiky, kterou zastupoval p. Rothschild). Příklad ukazuje, jak významně se může hodnocení pomocí metody DCF lišit. V tomto konkrétním případě výsledná hodnocení dosahovala rozdílu až 62 %.⁴⁹ Zůstatková hodnota investice se v obou případech (mimo ohodnocení pomocí DCF) lišila skoro o 60 %.

2.2.2.2 Výpočet diskontní sazby

Po určení finančních toků podle předchozí kapitoly pomocí metody DCF se přistupuje k výpočtu hodnoty investice k datu ohodnocení, a to podle aktuální tržní ceny. Diskontní sazba slouží k „očišťení“ finančních toků od případných rizikových faktorů a nákladů na investici. Existují dva způsoby jejího výpočtu:⁵⁰

1. jako výpočet váženého průměru nákladů kapitálu (WACC metoda) – ten dále operuje s tržní hodnotou a rizikovým příplatkem⁵¹
2. jako stavebnicová metoda („built-up“ metoda) – podobně jako předchozí, ale spíše než na tržní hodnotu se orientuje na hodnocení investičních aktiv pomocí bezrizikové sazby

2.2.2.3 Rozhodovací praxe s pomocí metody DCF

Jak již bylo uvedeno v předchozí kapitole, metoda DCF je často používána v investičních arbitrážích. Tribunály většinou hodnotí také aspekty této metody. Jedním z opakovaně uváděných případů je CMS v. Argentina.⁵² Zde došlo ke znehodnocení investice vlivem porušení konceptu spravedlivého zacházení podle Americko-Argentinské BIT. Tribunál označil jako rozhodný den pro určení výše náhrady škody 17. srpen 2000, což bylo den předcházející vydání rozhodnutí federálního soudu v Argentině. Ten zamítl nároky stěžovatele podle národního práva. V souvislosti s tím tribunál konstatoval, že kdyby k porušení nedošlo, licence poskytnutá této společnosti

⁴⁸ CME Czech Republic BV v. Czech Republic, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 3. září 2001

⁴⁹ Odst. 552 – 557 citovaného rozhodnutí

⁵⁰ Pratt, S. The Lawyer's Business Valuation Handbook. USA, American Bar Association, 2000

⁵¹ Angl. Weighted average capital cost (Vážený průměr kapitálových nákladů)

⁵² Viz poznámka pod čarou č. 36

by vešla v platnost do roku 2027. Poté tribunál rozhodoval o hodnotě akcií stěžovatele, a to ve dvou scénářích. Prvním z nich byla možnost, že k zásahu vlády nedošlo, a druhý předpokládal adaptaci společnosti na nové regulační podmínky. Rozhodování vycházelo z modelu výhledu příjmů, které společnost měla v roce 2000. Oba scénáře vedly k více možným výsledným situacím.⁵³ Nejdříve tribunál rozhodl, že porušení práva v tomto případě bylo tak významné, že by bylo vhodné použít metodu FMV na ohodnocení investice. Později však své rozhodnutí upravil v tom smyslu, že použití metody DCF bude vhodnější, vzhledem k tomu, že společnost se rozvíjela a směřovala ke vzniku koncernu, navíc bylo jisté, že bude v budoucnu dosahovat příjmů.⁵⁴

Tribunál nedovolil prodloužení licence o 10 let, výpočet náhrady škody však počítal s dobou 27 let, včetně určení diskontní sazby. Zvažoval také různé podoby dalšího vývoje společnosti, včetně již zmiňovaných dvou výchozích scénářů, a nakonec dospěl k výši náhrady škody ve výši 133 milionů dolarů. Dále dovodil možnost odkoupení zůstatkové hodnoty investice ve společnosti ve výši téměř 2,5 milionů dolarů vládou.

Dalším již zmiňovaným případem je ADC v. Maďarsko.⁵⁵ Dvě Kyperské společnosti investovaly v roce 1998 do Maďarské letecké společnosti za účelem vybudování nového terminálu a letiště v Budapešti. účelem tomu měla společnost udělenou licenci na dobu 12 let. Společnost ADC měla podíl 34 %, zbytek byl ve vlastnictví zmiňované maďarské společnosti. V roce 2001 maďarská vláda přijala taková opatření, která znamenala zákaz výkonu činností v oblasti leteckého průmyslu pro cizince. Následně v roce 2002 převzala maďarská vláda letiště a vytvořila národní společnost. V roce 2005 pak rozhodla o privatizaci společnosti a novým vlastníkem se stala britská společnost British Airport Authority, jež disponovala smlouvou k provozování na dobu trvání 75 let. Kontrakt byl oceněný na 2,23 bilionů dolarů.

Vzhledem k tomu, že Maďarsko mělo platnou investiční smlouvu s Kyprem, společnost vyvolala mezinárodní arbitráž v roce 2003. Tribunál konstatoval, že došlo k porušení práva cestou vyvlastnění a také konceptu rovného zacházení. Náhrada škody pak byla požadována ve smyslu FMV investice k datu přijetí rozhodnutí. Odpůrce měl za to, že výpočet částky je založen na hodnotě včetně úroku 17,5 % po započtení již

⁵³ Odst. 419 a 422 citovaného rozhodnutí

⁵⁴ Odst. 416 – 417 citovaného rozhodnutí

⁵⁵ Viz poznámku pod čarou č. 15

uskutečněných plateb.⁵⁶ Tribunál však konstatoval, že způsob vyrovnání tímto způsobem nezohledňuje trvání kontraktu (investice) do budoucna.⁵⁷ Jako vhodnější proto určil metodu založenou na DCF, čímž vyhověl stěžovateli. Ten na základě tohoto rozhodnutí poskytl tribunálu více hodnocení za použití této metody (jednak k datu vyvlastnění, a jednak k datu rozhodnutí tribunálu).

Základem výše návrhu na náhradu škody byl podnikatelský záměr z roku 2002, který byl potvrzen společností odpůrce několik dní před vyvlastněním. To bylo rozhodující pro konečné určení výše náhrady škody, protože podnikatelský záměr nejlépe odrážel očekávání investora vzhledem k jeho investici.⁵⁸ Výše náhrady škody byla touto metodou určena na 68 milionů dolarů.

Ke dni vydání rozhodnutí tribunálu v roce 2006 byla tato suma ještě navýšena na konečnou sumu 76,2 milionů dolarů (s ohledem na navýšení kapacity letiště a jeho provozu). Odpůrce namítal vysokou úrokovou sazbu 17,5 %, která nekorespondovala s hodnocením managementu vycházejícím z diskontní sazby 8 – 9,11 %. Tribunál však zamítnul všechny námitky odpůrce a uvedenou konečnou sumu přiznal stěžovateli.⁵⁹ Navíc rozhodl o tom, že stěžovatel bude po zaplacení náhrady škody povinen převést zbývající podíly ve společnosti na odpůrce.⁶⁰

Posledním případem, který dokladuje možnosti použití metody DCF *Himpurna v. Indonesia*, ve kterém šlo o ohodnocení kontraktu.⁶¹ Dané rozhodnutí v zásadě říká, že výpočet náhrady škody v případě zmařené investice a stejně tak ušlého zisku, za použití metody DCF, nemusí nutně znamenat nadhodnocení vzniklé škody. Metoda DCF totiž počítá s amortizací investice. V tomto případě byla metoda použita na ohodnocení kontraktu; srovnání s ohodnocením investice podle jiné metody by znamenalo značnou nejistotu.

Při metodě hodnocení kontraktu jako takového neexistuje základ pro přiznání výše škody ve smyslu vzniklé škody (*damnum emergens*), ale pouze očekávaného zisku (*lucrum cessans*). I když došlo k vyvlastnění majetku a stěžovatel utrpěl ztrátu, otázka, kterou posuzuje tribunál, se týká především dalšího provozování podniku. Hodnota

⁵⁶ Odst. 503 citovaného rozhodnutí

⁵⁷ Odst. 520 citovaného rozhodnutí

⁵⁸ Odst. 506 citovaného rozhodnutí

⁵⁹ Odst. 519 citovaného rozhodnutí

⁶⁰ Odst. 523 citovaného rozhodnutí

⁶¹ *Himpurna California Energy Ltd. v. Pt. Perusahaan Listrik Negara (Bermuda v Indonesia)*, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 4. května 1999

kontraktu se pak odvíjí od výpočtu pomocí diskontní sazby, která stanovuje budoucí výnosy určené k rozhodnému dni (ke dni placení náhrady škody).

V případě protiprávního vyvlastnění naopak nelze uvažovat o zmařené investici, vzhledem k tomu, že je možné náhradu škody určit pomocí ohodnocení aktiv (zejména hmotného a nehmotného majetku).

Záleží tedy na konkrétní pozici stěžovatele – to, že byl stěžovateli vyvlastněn majetek, neznamena automaticky vznik nároku na náhradu škody. Pokud by k vyvlastnění nedošlo, investice by byla zhodnocena budoucími příjmy. Zmiňované příjmy lze pak určit pomocí metody DCF. Přiznání nároku na náhradu škody z pohledu zmaření investice, a k tomu škody vypočtené podle metody DCF, by vedlo ke zdvojení nároku na náhradu škody („double counting“), což je vnímáno jako nežádoucí.⁶²

2.2.3 Další koncepce výpočtu náhrady škody

Další koncepce výpočtu náhrady škody vycházejí ze stejných předpokladů jako výše uvedený text. Výpočet náhrady škody v souvislosti s uváděnou teoretickou koncepcí pak spočívá v určení:

- sumy, kterou stěžovatel vynaložil na investici
- výpočtu zisku, s kterým stěžovatel počítal do budoucna

Výsledkem je celková suma požadované náhrady škody. Ačkoliv uvedený výpočet vypadá jednoduše a logicky, jedná se o poměrně složitý proces. Výše náhrady škody je obtížně určitelná už jenom proto, že investor počítá s návratností v horizontu až několika desítek let. To s sebou přináší problém určení úrokové míry, míry inflace, pohybu měnových kurzů a další běžná podnikatelská rizika. Vzhledem k tomu, že v oblasti nároků na náhradu škody jde o nemalé sumy (miliony až miliardy dolarů nebo euro), i drobná nepřesnost ve výpočtu může vést k velkým rozdílům ve výsledné sumě. Z praxe komerčních center plyne, že nejčastějším problémem nebo rizikem při výpočtu náhrady škody jsou zejména:⁶³

- dvojnásobné započtení („Double Counting“) – ne každé porušení práva vyvolá automaticky znehodnocení celé investice, v mnoha případech tedy

⁶² Odst. 240 citovaného rozhodnutí

⁶³ Pro účely této práce čerpáno např. z ACICA nebo ICDR.

Lze počítat s náhradou pouze ušlého zisku, tento přístup použil tribunál např. ve sporu *Karaha Bodas Co. v. Indonesia* o investici do geotermálního průzkumu, kde tribunál konstatoval, že samotné znemožnění realizace smlouvy nevedlo ke znehodnocení celé investice, a přiznal proto náhradu škody ve smyslu „*damnum emergens*“ i přes uznané zmaření investice⁶⁴

- nová odvětví podnikání („*New Business*“) – obtížně lze vypočítat náhradu škody také v případech, kdy se jedná o investici v novém, pro investora neznámém prostředí. Tribunál se v tomto případě musí postavit otázce, jak přiměřeně určit náhradu škody, aby nedocházelo ke spekulativnímu určování její výše. Jako příklad lze uvést spor *Southern Pacific Properties v. Arab republic of Egypt*⁶⁵, ve kterém šlo o uznání, že pokud mělo dojít ke ztrátě, nejistota ohledně výše škody nemůže být překážkou k přiznání nároku na náhradu škody.⁶⁶ Podobný problém byl řešen ve sporu *Levitt v. Islamic Republic of Iran* - šlo o kontrakt na výstavbu obytných domů.⁶⁷ Podle stěžovatele byla ze strany odpůrce porušena smlouva. Tribunál zkoumal toto tvrzení a došel k závěru, že porušení smlouvy vedlo k nemožnosti uskutečnění investice, tzn. že za jinak nezměněných podmínek by ke ztrátě nedošlo. Náhrada škody však byla ve závěru zamítnuta, protože projekt stěžovatele byl ukončen ve velmi rané fázi, a výše škody byla dle hodnocení tribunálu vysoce spekulativní.⁶⁸ Nejistý zisk ovlivněný mimo jiné rizikovostí investice a spekulativní škoda tak mohou vést i k zamítnutí nároku na náhradu škody
- zneužití práva („*Abuse of rights doctrine*“) – tato doktrína vychází ze základních principů mezinárodního práva.⁶⁹ Vznesení nároků, které výrazně zasahují do financování států, by mohlo v budoucnu zapříčinit právě namítnutí zneužití práva. Obecně je totiž přijímán fakt, že investor musí počítat s určitým rizikem. Vzhledem ke krizím, které v současné době

⁶⁴ Ve znění konečného nálezu ad hoc tribunálu ze dne 18. prosince 2000.

⁶⁵ *Southern Pacific Properties v. Arab republic of Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3

⁶⁶ Odst. 212 citovaného rozhodnutí

⁶⁷ *Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 191, 209 – 10 z roku 1987

⁶⁸ Navíc počítal s minimálním ziskem 18 % (což bylo vzhledem k podmínkám v Íránu dle hodnocení tribunálu nereálné).

⁶⁹ Převzato z: Kiss, A. *Abuse of Rights in R. Bernhardt*, *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 1. Amsterdam, North-Holland Pub. Co., 1992

postihují světové hospodářství, se ale spíše jedná o záležitost, která se projevívá v rozhodovací praxi tribunálů v budoucnu

Následující text přináší stručný přehled metod hodnocení investice pro účely náhrady škody, dále pojednává o rozhodovací praxi tribunálů, a uvádí některé případy, v nichž byla ta která metoda použita.

2.2.3.1 Tržní kapitalizace

Jednou z běžně používaných metod v oblasti náhrady škody je tržní kapitalizace (příp. hodnota zásob). Tento jednoduchý způsob určení hodnoty investice spočívá ve vynásobení tržní ceny akcie počtem akcií na trhu. Značnou nevýhodou této metody je to, že nemusí reflektovat aktuální cenu investice – zejména na trhu nelikvidním či omezeně funkčním. Situace na trhu s akciemi také do značné míry podléhá výkyvům v závislosti na konkrétní situaci, nezřídka vlivem různých spekulací. Tento faktor fluktuace trhu tedy nemusí odrážet aktuální schopnost podniku vytvářet zisky. Do jisté míry se takové nevýhodě dá vyhnout průměrováním ceny akcií za určitou dobu.

V oblasti investičních arbitráží však dochází zřídka k situacím, kdy jsou akcie společnosti obchodovány na trhu, případně nejsou dostupné dostatečné informace pro určení relevantního odhadu hodnoty investice.

Tržní kapitalizace jako způsob určení hodnoty v případě náhrady škod se objevila například v případě Enron v. Argentina.⁷⁰ Společnost Enron nakoupila postupně podíl 35,5 % v společnosti TGS, což byla privatizovaná argentinská společnost, která se zabývala transportem plynu. Její akcie se veřejně obchodovaly v New Yorku a Buenos Aires. V důsledku argentinské finanční krize a následných kroků argentinské vlády se hodnota akcií hluboce propadla. Enron zažaloval Argentinu podle americko–argentinské BIT v důsledku porušení rovného zacházení a porušení takzvané doložky „umbrella clause“.

Na základě zjištěných skutečností se tribunál rozhodl pro využití metody spravedlivé tržní ceny (s ohledem na vícere porušení práva a na základě obsahu doložek ke smlouvám).⁷¹ V reakci na podanou žalobu odpůrce navrhoval jako spravedlivější určení hodnoty investice pomocí metody tržní kapitalizace. Tribunál však odmítl

⁷⁰ Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3

⁷¹ Odst. 363 citovaného rozhodnutí

námítky odpůrce, argumentujícího základními nevýhodami této metody, jak jsou uvedeny výše (nedostatek informací pro spravedlivé určení hodnoty investice).

Tribunál také vzal v úvahu neobchodovatelnost akcií vzhledem k okolnostem, které nastaly, a také nízký počet transakcí, z nichž by bylo možné tržní cenu akcií spolehlivě určit.⁷² Význam tohoto rozhodnutí spočívá v tom, že tribunál vůbec připustil možnost použití této metody k určení hodnoty investice pro účely náhrady škody. Nakonec se však přiklonil k názoru, že vhodnější metodou bude určení hodnoty investice formou metody DCF.

2.2.3.2 Tržní srovnání

V případech, kdy existuje likvidní a větší trh, na kterém lze srovnávat provedené transakce a změny majitelů v daném oboru podnikání, je vhodné použití této metody. Její nevýhodou je podobně jako u předchozí metody vznik situace, kdy je trh deformovaný, případně není možné volně obchodovat s podíly ve společnostech.

Metoda funguje na principu porovnání transakcí, které na daném trhu již proběhly. Na uskutečnění srovnání tržních transakcí se typicky použije cenová jednotka, která koresponduje s daným typem podnikání (např. v realitním podnikání to může být cena za metr čtvereční). Jednoduchý výpočet je pak násobkem zvolené cenové jednotky a velikosti investice v dané oblasti. Jinou cenovou jednotkou může být ale také hodnota akcií korespondujících s danou oblastí podnikání. Z pohledu účetních standardů je vhodné použít různé ekonomické ukazatele typu EBITDA, případně jiné podobné finanční ukazatele.⁷³ Pro určení hodnoty investice je pak klíčové nasbírání dostatečného množství údajů o daném podnikání, které lze následně zprůměrovat a získat tak jednotkovou tržní cenu hodnocené investice pro účely stanovení FMV.

Další nevýhodou, která je současně příčinou toho, proč není tato metoda často využívána, je, že v investičních sporech se zpravidla jedná o nové trhy a nové příležitosti, a tudíž není možné nasbírat dostatek informací. Otázkou také zůstává, zda by takový postup nemohl být v případném sporu označen jako spekulativní. Přesto se tato metoda v několika sporech objevila. Jedná se například o již citovaný případ CME

⁷² Odst. 383 citovaného rozhodnutí

⁷³ Zisk před zdaněním a odpisy – angl. „Earnings Before Income Tax Depreciation and Amortization.“

v. Česká republika.⁷⁴ V tomto v České republice známém sporu se jednalo o podíl na české televizní společnosti.

Jedno z hodnocení se zabývalo právě tržním srovnáním alternativních podílů na středoevropském trhu. Tribunál se nakonec k výsledku tohoto hodnocení nepřiklonil, i s ohledem na to, že podobné podíly v celosvětovém měřítku se posuzují rozličným způsobem, stejně jako se jinak chovají akciové trhy (pro srovnání mezi USA, Evropou a Asií).⁷⁵ Rozhodující byl také vliv společností vystupujících v dané transakci na případný nákup takových podílů.

Jiný případ, který se využil tuto metodu je Siag & Vecchi v. Egypt.⁷⁶ V tomto sporu se jednalo o investici do dvou společností působících v oblasti hotelového průmyslu. Tribunál odmítl ohodnocení investice pomocí metody DCF.⁷⁷ Jedním z důvodů bylo to, že investice nebyla zcela realizována. Tribunál také odmítl názor, že by se měla hodnotit výše aktuálně proinvestovaných peněz. Vzhledem k okolnostem případu tribunál dále konstatoval, že i nedokončený projekt má svojí hodnotu, která se má určit s vyloučením „utopených“ nákladů a aktuálně investované částky.

Toto rozhodnutí tedy mimo jiné hodnotilo nedokončenou investici a případné srovnání s výnosem z prodeje majetku na určeném trhu. Tribunál přímo konstatoval:⁷⁸

„Transakce jako taková je svým způsobem nevhodná jako náhradní zástupce hodnoty majetku za běžných obchodních podmínek. Existuje příliš mnoho nekomerčních podmínek, které tuto transakci můžou ovlivnit“. Hned v dalším odstavci se navíc uvádí, že srovnání s jinou transakcí je namístě, protože je nejlepším způsobem ohodnocení dané investice. Je tomu tak zejména proto, že nebylo možné určit jiný způsob vypořádání s třetí stranou než přes transakční historii.

Investiční tribunál tedy s několika modifikacemi uznal tuto metodu jako komparativní analýzu stěžovatele pomocí znaleckého ohodnocení. Charakteristické pro tuto metodu v daném případě je ohodnocení relevantnosti majetku, lokality, a její vhodnosti pro hotelový areál. Podle rozhodnutí může být lokalita areálu srovnávána s nejlepšími lokalitami v Egyptě, jako jsou např. Sharm El Sheik, Hurgada a podobné komplexy na Sinajském poloostrově. Stejně tak unikátní poloha nedaleko Jordánu a

⁷⁴ Viz citované rozhodnutí (poznámka pod čarou č.48).

⁷⁵ Odst. 366-367 citovaného rozhodnutí

⁷⁶ Siag and Vecchi v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15

⁷⁷ Odst. 566 citovaného rozhodnutí

⁷⁸ Odst. 564 citovaného rozhodnutí

Izraele by zaručila, že by se místo stalo centrem pobřežní a hotelové turistiky, pokud by došlo k plné realizaci investice. Tribunál tedy přiznal náhradu škody ve výši 145 milionů dolarů, přičemž aplikoval 20 % diskont proti požadovaným 180 milionům dolarů nárokovaných stěžovatelem.

Diskontní sazba byla uplatněna vzhledem k obchodním rizikům, která by mohla nastat, kdyby se investice plně realizovala, také ale z důvodu volby metody ohodnocení. Konečná částka se ještě dělila na půl (ve smlouvě mezi egyptskou vládou a investorem bylo ujednání o převodu 50 % ceny v případě prodeje, a vzhledem k tomu, že investor vlastnil jen 95 % investice, došlo ještě na snížení sumy o 5 %). V celkovém vyjádření po přičtení nákladů na jednání a rozhodování investičního tribunálu, a úroku, byla náhrada škody vyčíslena na 74,5 milionů dolarů.

Dalším se zajímavých sporů, kde byla použita metoda tržního srovnání pro účely zjištění výše náhrady škody, je případ *Funnekotter v. Zimbabwe*.⁷⁹ Větší počet farmářů zde přišel o půdu při realizaci vyvlastňovacího dekretu po změně vlády v Zimbabwe.

Záměrem bylo rozdělit zabranou půdu mezi chudé, zejména válečné veterány. Vyhlášeno bylo i referendum, jež se zabývalo otázkou, zda vůbec poskytnout nějakou náhradu za vyvlastněnou půdu. Váleční veteráni obsadili nově přidělenou půdu a místní policie je odsud odmítla vyhnat. Stěžovatelé se nejdříve domáhali ochrany u zdejších soudů. Poté, co neuspěli ani u nejvyššího soudu, který s ohledem na ústavu, potvrdil vlastnictví zemědělských podniků a zemědělské půdy státem (i když částečnou kompenzaci přiznal), vyvolali stěžovatelé arbitráž podle nizozemsko-zimbabwské BIT. Z historie, kterou citované rozhodnutí uvádí v úvodních odstavcích, je patrné, že vláda Zimbabwe udělala všechno pro to, aby nemusela platit žádnou náhradu.

Ve sporu se tedy jednalo o protiprávní vyvlastnění investice bez náhrady. Tribunál pak rozhodoval o dvou velice odlišných návrzích, které srovnávaly tržní podmínky. Pozice stěžovatele vycházela z hodnoty farem, jako fungujících podniků v momentě před vyvlastněním. Znalec protistrany však hodnotil každou farmu pouze jako hodnotu půdy, která je vhodná k obdělání, s přidáním hodnoty nemovitostí s příslušenstvím na farmě. Tribunál však takto určenou náhradu odmítl jako příliš nízkou.⁸⁰ Důležité tedy bylo zvolit správnou metodu ohodnocení majetku v porovnání s prodejními transakcemi. Rozhodně hodnota fungující farmy byla úplně odlišná od

⁷⁹ *Bernardus Henricus Funnekotter and ors v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6

⁸⁰ Odst. 130 citovaného rozhodnutí

přiměřené hodnoty farmy, která se neobdělávala, a nelze ji ani využít pro účely srovnání jako prodejní transakci.

Tribunál však zamítl také navrhované ohodnocení určené stěžovatelem. Neodmítl však navrhovanou metodu. Znalec stěžovatele totiž přidal 15 % nárůst k hodnotě majetku jako reflexi změny cen v hodnotách nemovitostí v té době aplikovaných v Zimbabwe. Tento nárůst tribunál nepřijal s tím, že se netýká venkovských pozemků a nemovitostí. Následně provedl tribunál vlastní analýzu tržním srovnáním, a sice tržním srovnáním cen farem v závislosti na kvalitě půdy, pěstovaných plodinách a vybavení farem. Konečná výše přiznané náhrady škody činila 8,2 milionů dolarů za farmy a dalších 8,5 milionů dolarů jako úrok z prodlení.

2.2.3.3 Vyjednávací pozice a prioritní transakce

Metodika ocenění náhrady škody nevyžaduje nutně srovnání s podobnou transakcí, zvláště pokud má investice na daném trhu delší historii, nebo je možné z jednání o prodeji, případně existujících nabídek ke koupi, určit náhradu škody. Záruka spravedlivé náhrady škody je zajištěna, pokud se jedná o nezávislé nabídky platné pro konkrétní případ. V zásadě jde o vhodné posouzení konkrétních informací, lze-li je uznat za nezávislé a relevantní (s ohledem na spravedlivost náhrady škody a tržní hodnotu).

Prioritní transakce je podobná vyjednávací pozici, s tím rozdílem, že již došlo k prodeji investice, případně její části. Taková transakce však vyžaduje další srovnání, případně posouzení, zda se jedná o znalecké ohodnocení, které lze použít pro určení výše náhrady škody. Podobně lze za takovou transakci uznat i závaznou nabídku ke koupi investice, za splnění předpokladu dobré víry.

Metodika založená na hodnocení transakcí byla rovněž využita v případě CME v. Česká republika.⁸¹ Tribunál uznal transakci mezi třetí stranou a CME, ve které se jednalo o sloučení investic se společností Scandinavian Broadcasting System (dále jen „SBS“).⁸²

Tato transakce slouží k ocenění spravedlivé tržní hodnoty a tribunál ji využil jako startovní pozici při určení výše náhrady škody (jednalo se o 400 milionů dolarů). Suma byla následně ponížena o podíl českého investora na investici (18 %). Následně

⁸¹ Viz citované rozhodnutí – poznámka pod čarou č. 48

⁸² Odst. 514 citovaného rozhodnutí

byla vypracována analýza pomocí metody DCF pro srovnání obou metod a potvrzení uvedené sumy.

Podobný princip použil tribunál ve sporu BG Group v Argentina.⁸³ Šlo o převod podílu akcií, při němž byla využita metoda srovnání dvou prioritních transakcí na určení výše škody, kterou měl utrpět stěžovatel.

V případě National Grid v. Argentina, podobně jako v mnoha dalších případech z období argentinské finanční krize, použil tribunál tuto metodu v souvislosti s rozdílovou analýzou za účelem získání ceny akcií před tím, než došlo k protiprávnímu jednání.⁸⁴ Předmětem sporu byla národní elektrická přenosová soustava. Jako základ výpočtu sloužila cena akcií v červnu 2002, za předpokladu, že nedošlo k protiprávnímu jednání.

V dalším bodě byla vypočtena cena akcií podle metody DCF, když tribunál shledal tuto metodu jako nejvhodnější, vzhledem k tomu, že se jednalo o kontrakt ve fungující společnosti s relevantní historií, s platností na devět let.⁸⁵ Následně se při rozhodování tribunál přiklonil k názoru, že samotné použití metody DCF by mohlo vést ke spekulativním výsledkům.

Stejně jako v předchozích rozhodnutích se objevila námitka, že finanční krize je tak komplexní jev, že je vhodné posoudit i jiné vlivy. Tribunál tedy použil jako další ukazatel prodejní cenu akcií z roku 2006 (již u jiného vlastníka) jako hypotetickou situaci a určil cenu investice na 52,8 milionů dolarů. Odečetla se suma akcií prodaných v roce 2004 (již po protiprávním jednání odpůrce) a finální výše škody byla určena na 38,8 milionů dolarů.

2.3 Morální škoda

Kromě určení náhrady škody v investičních sporech ohodnocením již provedené investice, případně určením výpočtu příštích zisků, se v investičních sporech uplatňuje také hledisko morální škody. Jedním z nejstarších případů citovaných v literatuře je

⁸³ BG Group plc v. Argentina, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 24. prosince 2007

⁸⁴ National Grid PLC v. Argentina, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, Případ 1:09-cv-00248-RBW; rozhodnutí ze dne 3. listopadu 2008, odst. 269 – 270

⁸⁵ Odst. 286 – 287 citovaného rozhodnutí

případ Lusitania.⁸⁶ Tento vznikl následkem potopení lodě Lusitania (britský parník převážející pasažéry mezi New Yorkem a Liverpoolem) německou ponorkou během první světové války. Kompenzace v tomto případě se měla týkat: „...způsobené škody, která měla za následek mentální strádání, zranění svých citů, ponižování, stud, degradaci, ztrátu společenského postavení nebo újmu na zdraví v jeho postavení nebo jeho pověsti...“.⁸⁷

Povinnost nahrazovat morální škodu vznikla v souvislosti s klasickou náhradou škody. Tento přístup tedy zahrnuje nejenom způsobenou materiální škodu včetně ušlého zisku, ale také morální újmu. Koncept je v souladu s postavením poškozeného do již popisované „hypotetické pozice“, tj. pozice, ve které by se poškozený nacházel, kdyby nedošlo k protiprávnímu jednání. Z dokumentů Mezinárodní právní komise (dále jen ILC – „International Law Commission“) vyplývá, že reparace, poskytované v důsledku porušení mezinárodního práva, mají za následek odčinění jakékoliv způsobené škody, ať už materiální nebo morální.⁸⁸

Samotný pojem morální škody v mezinárodním právu veřejném odráží typově škodu, která spadá do kategorie nemateriální, nebo nefinanční újmy. Rozlišují se přitom tři typy zmiňované škody:⁸⁹

- Škoda osobnostní, nebo na osobních právech – typicky ztráta spojována s osobním nebo soukromým životem, jako nemajetková újma, kterou mohou pociťovat soukromé osoby jako subjekty práva. Právnícké osoby, jako fiktivní konstrukce, rozhodně nemůžou mít tento pocit škody
- Újma na dobré pověsti – tento typ škody může být dvojího charakteru, protože jako přímý důsledek porušení práva je vyčíslitelná v penězích, je možné ji někdy zařadit mezi materiální újmu
- Samotný fakt porušení práva – pociťovaný jako nemateriální újma, vztaženo k náhradě škody, tedy jako porušení mezinárodního smluvního závazku

⁸⁶ REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Opinion in the Lusitania Cases. 1 November 1923 - VOLUME VII pp. 32 - 44, dostupné z http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VII/32-44.pdf

⁸⁷ Odst. 40 citovaného dokumentu

⁸⁸ Čerpáno z: James Crawford, The International Law Commission's Articles On State Responsibility: Introduction, Text and Commentary. Cambridge, Cambridge University Press, 2002

⁸⁹ Kantor, Mark. Valuation for Arbitration. Holandsko: Kluwer Law International BV, 2008, kap. 2 a 7

Vztah morální škody a materiální škody se v mnoha ohledech může překrývat. Zmiňovaná škoda na dobré pověsti (i třeba společnosti jako právnické osoby) může znamenat vážné důsledky ve finanční oblasti ohledně budoucího působení a existence společnosti. Také narušení psychického stavu konkrétní osoby může v důsledcích znamenat její střádání a tedy pokles produktivity, vyjádřené v penězích (lépe řečeno ve ztrátě, kterou daná osoba utrpí).

Hlavní riziko tedy spočívá ve správném posouzení náhrady škody v celkovém kontextu. Jak bylo zmíněno v předchozím textu, může dojít k riziku dvojího přiznání škody, která již byla zahrnuta do materiální škody. Toto riziko se může projevit zejména při použití metody FMV, jako hodnoty podniku nebo investice. Protože součástí podniku je tzv. „goodwill“ jako nehmotná část podniku, obsahující ve svém vyjádření také obchodní pověst, nebo dobré jméno, přiznání morální škody navíc by znamenalo dvojí škodu. Opatrnost tribunálů je proto v oblasti náhrady morální škody docela na místě. Výpočet je složitější také proto, že se jedná o nehmotný majetek. Tato nejistota není ojedinělá, vyskytuje se taky při výpočtu s pomocí metody DCF, jak bylo uvedeno v příslušné kapitole.

3 Vybrané spory v České a Slovenské republice

Pro srovnání - v posledních letech čelila jak Česká tak Slovenská republika řadě arbitrážních žalob na náhradu škody způsobené porušením některé z dvoustranných mezinárodních smluv o vzájemné podpoře a ochraně investic.⁹⁰

Jednou z podmínek, které musí zahraniční investor splnit, chce-li být v investičním sporu úspěšný, je prokázání, že došlo k porušení mezinárodního závazku žalovaného státu, tedy že ve vztahu k investorovi stát porušil mezinárodní smlouvu o vzájemné podpoře a ochraně investic.

Tato kapitola je věnována stavu po roce 2010. Protože je ekonomika České a Slovenské republiky do značné míry ekonomikou otevřenou pro zahraniční investice, lze z pohledu historie identifikovat jako významné ukončené kauzy níže uvedené investiční spory.

3.1 Česká republika

První investiční kauza vedená proti České republice byl spor týkající se televize Nova. Zvláštností tohoto případu je, že byl řešen na půdě dvou nezávislých tribunálů, které, ač se řídily stejnými pravidly, dospěly k odlišným závěrům.

První rozhodčí soud (v Londýně) rozhodoval ve věci R. Lauder v. ČR.⁹¹ Pan Lauder, občan USA, žaloval český stát pro porušení Dohody mezi USA a ČSFR o vzájemné podpoře a ochraně investic (1992).

Pan Lauder tvrdil, že ČR jeho investici neochránila před nepřímým vyvlastněním, spočívajícím v odebrání licence k televiznímu vysílání Radou pro rozhlasové a televizní vysílání, a že došlo k diskriminaci.

Tribunál ve svém rozhodnutí konstatoval, že k porušení Dohody nedošlo, a že závazek spravedlivého a rovnoprávného zacházení a plné bezpečnosti a ochrany byl za daných okolností dodržen.

Druhá žaloba byla podána ke Stockholmskému rozhodčímu soudu nizozemskou společností CME. Spor CME v. ČR se rovněž týkal TV Nova (pan Lauder byl

⁹⁰ Zdroj MFČR - http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/orgstru_61526.html

⁹¹ Zdroj – <http://italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>

většinovým akcionářem společnosti CME, která byla 99 % vlastníkem společnosti ČNTS, a tato byla provozovatelem TV Nova).

Tvrzení navrhovatele, že došlo s poukazem na obsah Dohody mezi ČSFR a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic (1991) k porušení povinnosti zdržet se jednání vedoucího ke zbavení žalující strany jejích investic, k nerespektování zásady spravedlivého a rovného zacházení, a k nezajištění plné ochrany a bezpečnosti, bylo arbitrážním nálezem potvrzeno. Česká republika musela společnosti CME zaplatit přes 10 miliard korun za zmaření investice.

Tribunál v případě CME zamítl námitku české vlády, že pan Železný svojí aktivitou a svým jednáním přispěl ke ztrátě způsobené společností. Poté tribunál přistoupil ke stanovení náhrady škody. Metodicky použil články ILC, které posuzují jednání odpůrce ve více samostatných souvislostech. Tím došel k závěru, že stát jako takový odpovídá v celém rozsahu a není důvod pro redukci náhrady škody z tohoto titulu.

Logicky tribunál doporučil stěžovateli žalobu přímo na pana Železného, varoval však současně před rizikem dvojí náhrady škody. Naproti tomu tribunál ve sporu *Lauder v. Česká republika* na základě stejných faktů (i když formálně na základě jiného kontraktu) uznal vinu pana Železného na vzniku škody. Na základě výše uvedených nálezů činil rozdíl v náhradě škody 350 milionů dolarů. Důležité však je, že oba tribunály alespoň konstatovaly porušení mezinárodního práva.

Londýnskému arbitrážnímu tribunálu byl v r. 2001 předložen další významný spor, *Saluka Investments BV v. ČR*.⁹² Japonská společnost Nomura nabyla akciový podíl v Investiční a poštovní bance. Poté co Nomura v Nizozemí založila společnost Saluka, převedla na ni svůj podíl v IPB. V r. 2000 se IPB ocitla ve vážné finanční krizi, byla na ni uvalena nucená správa a odkoupila ji ČSOB. Saluka v celé transakci viděla porušení česko-nizozemské investiční dohody a tvrdila, že ČR nezacházela s investicí Saluky rovným a spravedlivým způsobem, a že došlo k vyvlastnění bez poskytnutí náhrady. V r. 2006 byl vydán částečný nález, který shledal, že k vyvlastnění nedošlo, ale ČR porušila závazek nestranného a spravedlivého zacházení, a závazek nepoškozování.

⁹² Zdroj – http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149

K druhé fázi rozhodčího řízení už nedošlo, neboť strany uzavřely v listopadu 2006 smír. Smírného řešení se podařilo dosáhnout i v dalších sporech, jako např. K+Venture Partners BV v. ČR nebo ArcelorMittal v. ČR.

Neúspěchem pro Českou republiku skončila kauza Eastern Sugar BV v. ČR.⁹³ Nizozemská cukrovarnická společnost byla diskriminována při přidělování produkčních kvót a ČR jí musela poskytnout náhradu téměř 700 milionů korun. Ve své závěrečné fázi se nachází ostře sledovaná kauza Diag Human v. ČR, v níž patrně bude muset Česká republika zaplatit nemalou částku za ušlý zisk (za poškození dobrého jména musela vláda po prohrané arbitráži z roku 1997 společnosti již zaplatit 327 milionů). Pochybnosti ohledně důvodů prohlášení konkurzu se týkají například sporu Czechoslonor v. ČR nebo G. Gromann v. ČR.

3.2 Slovenská republika

Na Slovensku je situace podobná. Mezi významné a mediálně sledované spory je vhodné pro účely této práce uvést zejména často citovaný spor ČSOB v. Slovensko nebo Eureka v. Slovensko.

V prvně jmenovaném jde o konsolidaci Československé obchodní banky, kdy v roce 1993 vznikly za účelem převzetí nekvalitní a nevymahatelné pohledávky banky Slovenská inkasná (SI) a Česká inkasná (ČI) ve vlastnictví ministerstev financí obou států. Na SI byly převedeny pohledávky zejména bývalých podniků zahraničního obchodu (jako Technopol, Martimex, Chirana) v celkové výši 10,6 miliard v té době slovenských korun a na ČI byly převedeny podobné pohledávky ve výši 26,5 miliard slovenských korun.

Banka byla tedy privatizována a sporné pohledávky převedeny jak bylo napsáno výše na SI a ČI za současné garance slovenského ministerstva financí. SI měla od počátku problém splácet domluvené splátky, a tyto nakonec v roce 1996 přestala splácet úplně. ČSOB v roce 1997 vyzvala SI k uhrazení celé sporné sumy ve výši 13 miliard slovenských korun. Určitě není nezajímavé, že poté, co se ČSOB obrátila na tribunál, slovenská strana se snažila zpochybnit samotnou příslušnost střediska ICSID pro účel rozhodnutí sporu (klasická jurisdikční námitka).

⁹³ Zdroj – http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf

Námitka směřovala k tomu, že uvedenou sumu nelze považovat za investici (navíc za situace, kdy Česká a Slovenská republika nemá dohodu o vzájemné ochraně investic). Ministerstvo namítalo, že úvěry poskytnuté ČSOB nejsou investicí, protože nevznikly z investice, a ČSOB na Slovensku nenesla žádné relevantní investiční náklady.

Podobně jako v případě Fedax v. Venezuela uváděném v první kapitole práce tribunál tuto argumentaci odmítl a místo pohledu úzce zaměřeného na obchodní činnost, ze které vznikl spor, posoudil celou transakci jako celek. Tribunál pak začátkem roku 1999 rozhodl, že konsolidační agentura měla zajistit pokračování a rozšiřování činnosti ČSOB, ale také že banka výrazně přispěla k rozvoji bankovníctví na Slovensku, a proto je třeba na ČSOB hledět jako na investora ve smyslu Úmluvy ICSID.

Tribunál v následné arbitráži rozhodl o zaplacení 24,7 miliard slovenských korun (původně ČSOB požadovala 32,4 až 47,9 miliard slovenských korun v závislosti na přiznání sankčních úroků). Tribunál neuznal nárok ČSOB na ušlý zisk a na kapitalizaci úroků, a vyhnul se hodnocení úroků (nakonec počítal s 5 % úrokovou sazbou, přičemž původní splátková dohoda počítala s 1 %). Se stejnou logikou tribunál své rozhodnutí opřel o jednání ministerstva, které nikdy oznamovanou úrokovou sazbu nenamítalo. Tribunál konstatoval, že neexistuje žádný prostor pro následné hypotetické fixování úrokových sazeb. Relevantní je tedy ta sazba, kterou ČSOB skutečně uplatnila.

Ve druhém případě Eureko v. Slovensko se jádro případu odvíjí od skutečnosti, že oba smluvní státy, kterých se spor týká, jsou členy Evropské unie. Zároveň mají tyto státy podepsanou dohodu na ochranu investic. Arbitrážní tribunál proto musel posuzovat otázku, jestli právo ES má přednost před touto dohodou, což by mělo za následek její neplatnost (k tomu směřovala hlavní argumentace odpůrce).

Domnělé porušení dohody na ochranu investic spočívá podle stěžovatele v tom, že na Slovensku po změně vlády v roce 2006 došlo k výrazné změně pravidel pro podnikání v oblasti veřejného zdravotního pojištění. Tímto se cítí být dotčena společnost Eureko, akcionář jedné ze slovenských zdravotních pojišťoven.

Společnost Eureko B.V. na základě těchto opatření vstoupila v roce 2006 na slovenský trh zdravotního pojištění prostřednictvím založení dceřiné společnosti Union zdravotná poisťovňa, a. s. Do ledna 2007 získala na slovenském trhu zdravotního

pojištění podíl kolem 8,5 %. V roce 2006 nová vláda zavedla opatření, která restriktivním způsobem změnila reformu z roku 2004.

V devíti z těchto opatření shledává žalobce porušení dohody o ochraně investic mezi Slovenskem a Nizozemskem (odst. 54 uvedeného rozhodnutí). Navíc v únoru 2008 podala společnost Eureko stížnost k Evropské komisi, která vedla k zahájení řízení proti Slovensku na základě článku 226 Smlouvy o založení ES. Vzhledem k tomu, že řízení jako takové by podle stěžovatele nemělo velký vliv na náhradu škody, společnost Eureko se domáhá odškodnění prostřednictvím investiční arbitráže. Úvodní notifikaci o existenci sporu zaslalo Eureko slovenské straně v březnu 2008, arbitrážní řízení pak bylo zahájeno v říjnu téhož roku.

V souladu s dohodou stran sporu bylo předmětem mezitímního nálezu pouze posouzení jurisdikční námitky Slovenské republiky založené na členství SR v Evropské unii. Slovenská republika namítala, že vstupem Slovenské republiky do EU byla platnost investiční dohody s Nizozemskem ukončena, resp. rozhodčí doložka v ní obsažená se stala neúčinnou, a proto ustavený tribunál nemá pravomoc rozhodovat předmětný spor. Odpůrce užívá argumentaci v souladu s Vídeňskou úmluvou o smluvním právu, konkrétně s čl. 59 a čl. 30 uvedené úmluvy.

Podobnost případu s případem *Eastern Sugar v. Česká republika* není náhodná, nicméně obdobnou situaci vyřešil tribunál v neprospěch hostitelského státu a odmítl, že by členství obou smluvních států mělo vliv na jeho pravomoc projednat spor podle investiční dohody. V sérii zatímních rozhodnutí tribunál zatím vždy potvrdil svoji jurisdikci a konečný verdikt se očekává v květnu 2012.

Zatímco v předchozím sporu byla jurisdikční námitka zamítnuta, naopak ve sporu *Austrian Airlines v. Slovakia* (Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 9. října 2009) byla potvrzena. Spor spočíval v tom, že Slovenské aerolinie koncem ledna 2007 zrušily své pravidelné lety do Bruselu a Moskvy. Společnost *Austrian Airlines* totiž stáhla z provozu letadla, jako odvetní opatření za to, že vláda Slovenské republiky nevyrovnala skryté závazky společnosti a *Austrian Airlines* proto neměly prostor pro další restrukturalizaci. Na společnost byl následně vyhlášen konkurz a to vyvolalo mezinárodní arbitráž o náhradu škody ze zmařené investice. Tribunál však nakonec ve sporu nerozhodoval, protože shledal svoji nepříslušnost.

Z pohledu výše náhrady škody jsou nejzajímavější uvedené případy ČSOB v. Slovensko a CME v. Česká republika, a to s ohledem na přiznání historicky nejvyšší sumy. Otázkou zůstává příliš široký obsah některých BIT a jejich platnost do budoucna, zejména v oblasti Evropské unie. Nabízela by se otázka revize, případně vypovězení těchto smluv.

Závěr

Cílem této práce bylo popsat způsob určení náhrady škody v investičních sporech. V úvodní části práce byl poskytnutý teoretický koncept náhrady škody, včetně smluvních instrumentů. Z uvedeného textu v první části plyne, že tyto instrumenty poskytují hlavní ochranu v případě porušení práva. Navíc lze spatřovat jistou ochranu v této oblasti také v podobě tzv. „umbrella clauses“, jako zvláštní smluvní doložky.

Teoretická koncepce náhrady škody pak vychází z takto stanovených definic v oblasti mezinárodního investičního práva. V současném světě, značně ekonomicky propojeném prostřednictvím mezinárodních korporací, dochází jak k nepředvídatelným událostem, jako jsou ozbrojené konflikty nebo ekonomické či politické krize, tak k samozřejmým sporům o výklad práva v případě domnělých porušení kontraktní povinnosti.

Následně je pak v rukách zvoleného mezinárodního tribunálu určení případné výše náhrady škody za poskytnutou nebo provedenou investici, která byla postižena nežádoucím vývojem. V těchto případech se většinou nejprve uskuteční takzvaná jurisdikční fáze, ve smyslu určení, zda je daný tribunál oprávněn ve věci rozhodovat. Následně je veden samotný spor. Rozhodnutí obojího druhu přináší cenné poznatky pro studium náhrady škody v mezinárodním měřítku. Náhrada škody je poměrně ustáleným institutem mezinárodního práva veřejného, i když v dostupné literatuře a také textu této práce je patrná nejednotnost rozhodovací praxe mezinárodních tribunálů. Jak ukázala historická rozhodnutí v případě továrny Chorzów ve druhé kapitole, historický a základní koncept vychází z toho, že ať už je vyvlastnění přímé nebo nepřímé, vyžaduje náhradu škody. Tato náhrada škody je pak založená na obvyklých pravidlech mezinárodního práva.

Významnou roli hraje při náhradě škody v investičních sporech rozhodovací praxe mezinárodních tribunálů, a to s ohledem na použití metody při určení výše náhrady škody. Poměrně jednoduché je určení náhrady škody ve sporech přímého vyvlastnění investic. Určení náhrady škody v případech nepřímého vyvlastnění je složitější. Vyžaduje profesionální přístup tribunálů, ve smyslu stanovení nejvhodnější a zároveň nejspravedlivější metody k určení celkové výše náhrady (jak je vidět z některých rozhodnutí, lze uvedené metody i kombinovat). Na základě zvolené metody

pak postupují tribunály případ od případu, jak ukazuje i analýza jednotlivých případů ve třetí kapitole. V hodnocení nároků se totiž objevuje řada faktorů, které při rozhodování nelze ignorovat. Do rozhodování vstupuje jak spravedlivé a nejvhodnější řešení, tak i minimalizace rizik spojených s rozhodováním, jako je například dvojitý započtení škody nebo míra spekulativnosti zvolené metody.

Z uvedených metod a studovaných případů nelze také jednoznačně určit, kdy již dochází k protiprávnímu jednání státu, a kdy se jedná pouze o přípustné administrativní zásahy do chodu ekonomiky státu. Tato závislost obecně stojí zejména na posouzení všech relevantních faktorů, které vstupují do rozhodovacího procesu. Jako určité hledisko lze vyzdvihnout stupeň zásahu do majetkových práv, případně způsob tohoto zásahu a tedy celkový kontext zamýšlených kroků a opatření. Určitá míra vhodnosti státního zásahu je také často v rozporu s očekáváním investora na návratnost investice.

Tribunály tak často rozhodují nejen o hodnotě samotné investice, ale také o všech okolnostech, které přispěly k danému zjištěnému porušení mezinárodního závazku. V některých případech dospěly tribunály k závěru, že k porušení práva nedošlo, vzhledem k tomu, že státy mají právo zasahovat do tržního mechanismu z pohledu veřejného zájmu nebo ochrany životního prostředí, tržních principů a sociálních faktorů. Nové generace investičních úmluv obsahují specifické definice investic a ochrany investic, což se stává nezanedbatelným faktem při posuzování toho, zda došlo k porušení mezinárodního práva. Kritéria posuzování jsou pak hlavním předmětem rozhodovací praxe mezinárodních tribunálů. Vývoj smluvních instrumentů společně s rozhodovací praxí tvoří stabilní vodítko při určování míry porušení mezinárodních závazků.

Zároveň se do jisté míry projevuje i fakt, že rozhodnutí tribunálů podle moderní právní úpravy není v rozporu s již historicky prvními případy. Posuzovaná kritéria v prostředí neustále rostoucího počtu případů řešených na smluvním základě, stejně jako již existující rozhodnutí, se tak stávají obecnější a srozumitelnější pro budoucí posuzování vhodnosti a realizovatelnosti mezinárodních investic. Rozhodování v budoucnu by se tedy mohlo orientovat spíše na ustálené pojmy mezinárodního investičního práva, než na rozhodování případ od případu.

Jako všechny oblasti lidské činnosti, vyvíjí se rovněž právo. V případě náhrady škody je viditelný posun od historického pohledu (ve smyslu čisté hodnoty podniku)

k moderním hodnotícím metodám (jakou je uvedená metoda DCF). Také je vidět posun od poskytnutí restituce (uvedení v předešlý stav) spíše k náhradě škody podle pravidel zmiňovaných v této práci.

Současně však s moderním pojetím náhrady škody vyvstávají nové problémy, a těmi jsou rizika spojená s přiznáváním náhrady škody – některá jsou zmíněna i v této práci – jako například dvojí započtení škody nebo spekulativnost versus jistota ocenění.

Důležitým aspektem se stává také rozhodný den pro poskytování náhrady škody a s tím související sankční úroky. Zatímco zmiňovaný historický pohled se zabýval objektivní a identifikovatelnou hodnotou, a to zejména ke dni, který nastal předtím, než k porušení došlo, moderní pojetí pracuje spíše s pohledem do budoucna, kde určitou míru spekulace nelze s určitostí vyloučit. Z ekonomického pohledu, za rovných podmínek na trhu, by se mělo dojít s pomocí obou přístupů k přibližně stejnému výsledku. Jak však ukázala analýza některých případů zmiňovaných v této práci, tyto výsledky se mohou podstatně lišit v závislosti na zvolené metodě. Na jedné straně se tedy tribunály rozhodly pro nejistou cestu moderních metod oceňování investic, na druhé straně však vznikají další otázky v souvislosti s použitím různých metod nebo spíše jejich vhodnosti. Každý případ má svoji jedinečnou historii. Zatímco u malých projektů je poměrně snadné ohodnotit existující aktiva, jako samostatně prodejní majetek nebo jako hodnotu celkového projektu, u velkých projektů tento přístup vzhledem k silné individualizaci na trhu nemusí stačit. Navíc se investiční kontrakty často podepisují na dlouhá desetiletí, což přináší otázku, jakým způsobem může dojít ke změně nebo vypovězení smlouvy tak, aby se případně obě strany mohly vyhnout sporu, nebo alespoň zmírnit jeho následky.

Relevantní ocenění se v případech náhrady škody v investičních sporech stává nepostradatelným a mělo by být rovněž přiměřeně zdůvodněno. Jedná se především o pozici investora, kde může být na jedné straně jím poskytnutá nebo vykonaná investice v dané pozici na trhu, jako subjektivní hodnota, a na druhé straně se projevuje snaha o objektivnější pohled na hodnotu kontraktu nebo investice na základě sofistikovaných výpočetních metod.

V mezinárodním obchodním právu se pak jedná o prevenci škod ve smyslu definování pojmů hned na počátku investice, a to na smluvním základě. Každý z těchto pojmů dovedený do důsledku v následné podobě vzniku škody by vystačil na

samostatnou odbornou práci. Zajímavé by určitě bylo i porovnání jednotlivých metod, které však už nebylo možné vzhledem k omezenému rozsahu této práce uvést. Praxe rozhodování tribunálů podle dostupných pramenů směřuje ve svém postupu nejdříve k určení objektivní hodnoty investice a následně za účasti sporných stran k postupnému přizpůsobování subjektivní hodnotě investora. Samozřejmě je nutné zachovat si určitou míru jistoty a vyhnout se rizikům, která mohou při hodnocení investice nastat (jako např. již několikrát zmiňované dvojí započtení škody).

Určitou otázkou může také být, jak se vyhnout spekulativním návrhům na investiční arbitráže, které mohou být snadno údajně poškozeným investorem podány, bude-li předpokládat výsledek na základě rozhodovací praxe pouze s poskytnutím přiměřené náhrady. Otázka restitucí se tak může stát opět aktuální. Státy se bezpochyby brání vyplacení velkých částek peněz (někdy hraničících s pojmem tzv. „lump sum“), na druhé straně svým jednáním mnohdy zakládají protiprávní jednání. V dnešní době poměrně často se opakujících různých krizí je důležité precizní definování pojmů již na smluvním základě.

Odborná literatura se někdy přiklání k názoru, že finanční náhrady by měly být poskytovány až jako poslední možné řešení. Ne vždy však lze spolehlivě zjistit zmiňovanou hypotetickou pozici investora, jako kdyby k porušení práva nedošlo. Otázkou také zůstává vůle investora pokračovat v investici v případě, kdy dojde pouze k restituci.

V každém případě je vhodné uvést, že při rozhodování tribunálů o výši náhrady škody a výběru vhodné metody pro její určení není vždy možné vycházet z uvedených metod v této práci. V některých případech nezbývá, než přiznat škodu ve výši skutečně vynaložených prostředků. Jedná se zejména o případy začínající, nebo připravované investice.

Na úplný závěr lze ještě říct, že členské státy Evropské unie se v červenci letošního roku dohodly, že pověří Evropskou komisi k jednání o ochraně investic v rámci připravovaných dohod o volném obchodu. Stalo se tak poprvé od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost. Prvními zeměmi, se kterými bude EU o investičních dohodách jednat, tak bude Indie, Kanada a Singapur⁹⁴.

⁹⁴ Jak plyne z připravovaného nařízení EU, text dostupný na:
<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=586384>

Lisabonská smlouva začlenila oblast přímých zahraničních investic do výlučné pravomoci Unie v rámci společné obchodní politiky. Sjednávání investičních dohod se třetími zeměmi je proto plně v kompetenci Evropské komise. Nicméně ta potřebuje k zahájení jednání o každé investiční dohodě se třetí zemí mandát od členských států v Radě Evropské unie.

Přidanou hodnotou investičních dohod na evropské úrovni oproti bilaterálním dohodám jednotlivých členských zemí EU by měla být vyšší ochrana investorů daná mimo jiné větší vyjednávací silou Unie. Politikou EU je uzavírat investiční dohody nejdříve s důležitými partnery v rámci širších smluv o volném obchodě, o kterých již jedná.

Stávající bilaterální dohody členských států EU ovšem mohou nadále zůstat v platnosti, a to na základě režimu stanoveného nařízením, které se právě projednává. Otázkou zůstává, jakým způsobem to bude řešit platnost intra-unijních dohod. Na druhé straně by samotná platnost nově vzniklých vysloveně unijních dohod mohla přinést zajímavý prvek do zpracovávaného tématu této práce, už jen z pohledu kvality a síly případného právního rámce připraveného v EU.

Seznam zkratk

- BIT – Dvoustranná úmluva na ochranu investic (*Bilateral Investment Treaty*)
PCIJ – Stálý soud mezinárodní spravedlnosti (*Permanent Court of International Justice*)
ICSID – Mezinárodní středisko pro rozhodování investičních sporů (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*)
FMV – Spravedlivá tržní hodnota (*Fair Market Value*)
DCF – Diskontované peněžní toky (*Discounted Cash Flow*)
IVSC – Mezinárodní komise pro standardy oceňování (*International valuation standards committee*)
ACICA – Australské středisko pro mezinárodní obchodní arbitráž (*Australian Centre for International Commercial Arbitration*)
OECD – Mezinárodní organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (*Organisation for Economic Co-operation and Development*)
MAI – Vícestranná úmluva na ochranu investic (*Multilateral Agreement on Investment*)
ICDR – Mezinárodní centrum pro rozhodování sporů (*International Centre for Dispute Resolution*)
ILC – Mezinárodní právní komise (*International Law Commission*)

Použitá literatura a zdroje

- Balaš, Vladimír a Šturma, Pavel. *Kurs mezinárodního ekonomického práva*. Praha: C.H.Beck, 1997
- Šturma, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Praha: Linde, 2001
- Marboe, Irmgard. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009
- Schill, Stephan W. . *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009
- Schill, Stephan W. . *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010
- Montt, Santiago. *State liability in investment treaty arbitration*. Oregon: Hart Publishing, 2009
- McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M. . *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2007
- Sornarajah, M. . *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004
- Sabahi, B. . *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration (Principles and Practice)*. Oxford: Oxford University Press, 2011
- Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001
- Kantor, Mark. *Valuation for Arbitration*. Holandsko: Kluwer Law International BV, 2008
- Salini Test a posuzování existence investice - Jurisprudence 7/2008
- Wälde T.W., Sabahi, B. *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*. Transnational Dispute Management: Vol. 3, Issue 5, Prosinec 2006

Internetové zdroje (originální texty rozhodnutí):

- <http://www.italaw.com>
- <http://www.pca-cpa.org>
- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

Seznam citovaných rozhodnutí:

- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3
- Helnan v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19
- Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3
- The Factory at Chorzów (Germany v Poland), Decision on Indemnity, 1928
- Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. and PT Amco Indonesia v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/8
- ADC Affiliate Ltd and ADC and ADMC Management Ltd v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16
- CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8
- Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16

- National Grid PLC v. Argentina, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2008
- Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Numi Negara (Indonesia), Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 1999
- PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5
- Sempra Energy INT. Vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1
- Vito G. Gallo v. Canada, PCA, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2009
- Metalclad Corp. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1
- Himpurna California Energy Ltd. v. Pt. Perusahaan Listruik Negara (Bermuda v Indonesia), Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 1999
- Southern Pacific Properties v. Arab republic of Egypt , ICSID Case No. ARB/84/3
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3
- Siag and Vecchi v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15
- Bernardus Henricus Funnekotter and ors v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6
- BG Group plc v. Argentina, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2007
- Saluka Investments B.V. v. Czech republic, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2006
- Eastern Sugar B.V. v. Czech republic, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2004
- Eureko B.V. v. Slovakia, PCA Case No. 2008-13
- Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v. Slovakia, ICSID Case No ARB/97/4
- CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2001
- Austrian Airlines v. Slovakia, Ad hoc tribunál dle pravidel UNCITRAL, 2009

Abstrakt:

Tato práce nazvaná „Náhrada škody v investičních sporech“ se zabývá analýzou možných typů náhrady škody v investičních arbitrážích. K přiblížení této témy používá metodu studia jednotlivých případů pro jednotlivé pojmy mezinárodního investičního práva.

Cílem této práce byla snaha shrnout teoretickou definici náhrady škody, s uvedením jednotlivých typů a způsobu jejich vzniku. Uvádí se zde jak smluvní základ, z kterého náhrada škody v příčinné souvislosti vzniká, tak jednotlivé instrumenty investičních arbitrází a jejich rozhodovací praxe.

Práce je členěna (nepočítáme-li úvod a závěr) do třech kapitol, které se dále dělí na podkapitoly, případně ještě na další části.

První kapitola přináší exkurs do obecné teorie mezinárodního investičního práva v oblasti náhrady škody. Obsahuje jak teoretická východiska, tak jednotlivá smluvní východiska. Základ teorie je doplněn o hodnocení základních pojmů, jako je investice a náhrada škody v mezinárodní investiční arbitráži. Její součástí je také definice pojmu investice z pohledu rozhodovací praxe mezinárodních tribunálů (Salini test)

Druhá kapitola se zaměřuje na vymezení pojmu náhrady škody a jejich typů. Východiskem k tomuto popisu je také identifikování nejčastěji používaných metod k určení výše náhrady škody v mezinárodním právu. Jako základní pojmy používá přiměřenou a spravedlivou náhradu a výpočet náhrady škody s pomocí metody diskontovaných peněžních toků. Text je vždy podle možností doplněn o relevantní případy z mezinárodní praxe.

Poslední kapitola je věnována investičním arbitrážím, které jsou mediálně, nebo právně známe z médií a literatury. Tyto případy se jeví jako vhodné pro obeznámení čtenáře s investiční arbitrází v našem geografickém prostoru.

Závěrem práce je snaha o zhodnocení celkového přístupu rozhodovací praxe tribunálů k jednotlivým sporům a jejich teoretické východisko. Obsahuje také pokus o výhled do budoucnosti ve smyslu „de lege ferenda“.

Resumé:

This thesis titled „Damages in Investment Disputes“ deals with analysis of various types of damages in investment arbitrations. To approximate this theme author tries to use the case study method for various terms of international investment law.

The aim of this thesis was to try to summarize theoretical definition of damages, using its various types and reasons of their origin. Described is contractual basis, from which damages arise in causal nexus, but also particular instruments of investment arbitration and its jurisdictional practice.

Thesis is divided (without counting the introduction and conclusion) into three chapters, which are further divided into sub-chapters, possibly into additional parts.

First chapter is an excursion into common theory of international investment law with focus on damages. It encloses though theoretical basis, but also individual contractual recourse. The theory basics is supplemented with evaluation of basic terms, like investment and damages in international investment arbitration. Its component is also definition of investment from jurisdictional practice (Salini test).

Second chapter is focused on definition of damages and its various types. Starting point to this is also definition of mostly used methods to determine amount of damages. As basics is used fair and equitable remedy and counting of damages with use of Discounted cash-flow method. Where it is possible, the text is supplied with relevant cases from international practice.

Last chapter is devoted to investment arbitrations, which are well known by media, or mostly cited in the expert literature. This case are shown appropriate to make reader familiar with investment arbitration in our geographical area.

The conclusion is then devoted to effort for assessing overall approach of jurisdictional practice related to individual disputed and their theoretical basis. Included is also possible outlook for the future in terms „de lege ferenda“.

Název: Náhrada škody v investičních sporech

Klíčová slova: Mezinárodní právo, Náhrada škody, Investiční spory

Title: Damages in investment disputes

Key words: International law, Damages, Investment disputes